Las relaciones contractuales dentro del sistema de regalías de la industria de la música actual en Colombia

Yeison Estiven Echeverri Méndez

Sumario (I. Introducción, II. Metodología, III. Las relaciones contractuales dentro de la industria de la música, IV. Derechos de autor en el sistema de regalías en la industria de la música actual., V. El sistema de regalías unificado en la actualidad digital. VI. El contrato de inclusión de fonograma y el contrato de edición en Colombia y sus características en la actualidad digital, VII. Conclusiones, VIII. Referentes bibliográficos.)

Resumen

La manera en que el internet cambió el modo de consumir contenidos musicales ha desencadenado nuevos modelos de negocio que han dado pie a nuevos comportamientos a la hora de establecer relaciones contractuales entre los intervinientes de la cadena de valor de la industria de la música. El objetivo de realizar esta investigación es identificar estas nuevas relaciones contractuales en cada etapa de producción y ejecución desde lo contractual. Como estrategia de investigación se usó la investigación documental, se pudo concluir que estas relaciones no son estáticas, por el contrario, son dinámicas lo que hace que las relaciones contractuales muten lo que significa un desafío constante para la legislación nacional que se queda corta afectando de manera indirecta a los intervinientes en las etapas producción y ejecución.

Palabras clave: Industria de la música; regalías; relaciones contractuales; derechos conexos; plataformas digitales.

Introducción

La industria de la música ha sido una de las más prósperas de la última década, debido a la adaptación que ha sabido llevar de la mano de las nuevas tecnologías. En ese sentido, al separar la música del arte y entenderlo como negocio, las relaciones contractuales que se desarrollan por parte de los intervinientes de la cadena de valor de la industria de la música obedecen a instituciones del derecho privado, es decir, al derecho comercial; no obstante, la particularidad del negocio de la música con relación a las demás industrias es, entre otras, la relevancia que tiene el derecho de autor a la hora de entablar acuerdos legales. De ahí que, pese a las libertades contractuales que ofrece el derecho civil, se deben respetar unas disposiciones desde el derecho de autor, lo que causa en los acuerdos legales una serie de amalgamas jurídicas que los profesionales del derecho deben interpretar de la mejor manera. Existen diferentes posibilidades de hacer negocios en la industria de la música en la actualidad, bien sea entre personas naturales o personas jurídicas, la mayoría se realizan con el propósito de obtener lucro económico por medio del sistema de regalías.

Con la internacionalización de la música latina y el auge de artistas colombianos referentes y emergentes se ha desarrollado una industria nacional, tanto independiente como tradicional, en torno a la música, que genera muchos empleos directos en actividades como la producción, la distribución y la venta de música grabada, la administración de derechos de autor en composición y grabación, la interpretación en vivo, es decir, lo relacionado con los sistemas de regalías (*Royalties*), el manejo, la representación, la promoción y la composición musical. Así pues, en este artículo se abordan las actividades directas y cómo se manejan desde lo contractual.

En Colombia, la industria de la música se encuentra dentro de las industrias culturales que, según el DANE (2020), generaron US 18 822 866 y cada vez más jóvenes deciden emprender en el negocio de la música, aprovechando la globalidad que brinda internet y las diferentes plataformas digitales, dado que, a diferencia de épocas pasadas, ya no se hace necesaria la intervención de los grandes sellos discográficos para desarrollar un producto y una carrera artística. Lo anterior ha generado unas nuevas condiciones de negocio.

Dadas estas nuevas condiciones, que no se encuentran del todo desarrolladas jurisprudencialmente por los juristas colombianos por el constante avance tecnológico y el reto que representa que la digitalidad esté a la par con el derecho, esto se presta para que artistas nuevos y demás intervinientes de la cadena de valor de la industria mantengan sus relaciones jurídicas empírica y consuetudinariamente, puesto que, a pesar de que Colombia cuenta con un marco normativo referente a derechos de autor y relaciones comerciales para los modelos de negocios musicales tradicionales, existe poca doctrina y literatura que guíe jurídicamente las relaciones contractuales dentro del negocio de la música independiente en la actualidad digital, que no solo son a nivel local sino que por la globalidad que trajo internet en la música actual son de carácter internacional y los artistas deben enfrentarse a otras jurisdicciones, de modo que muchos abogados deben interpretar las relaciones contractuales conforme a costumbres dentro de la industria de la música global, acudiendo no solo al sistema latinoamericano de derechos de autor sino también al sistema anglosajón de *Copyright.* Con todo esto presente surge la siguiente pregunta de investigación: ¿Cuáles son las relaciones contractuales dentro del sistema de regalías de la industria de la música actual en Colombia?

Esta investigación tiene como objetivo general identificar las relaciones contractuales existentes de manera directa entre los intervinientes de la cadena de valor de la industria de la música en los sistemas de regalías en cada etapa de producción y ejecución del fonograma. Además, determinar cuáles son los derechos de autor que tienen los intervinientes en la producción, ejecución y distribución de un fonograma en torno al sistema de regalías en los derechos de autor y el *copyright*. Igualmente, reconocer las principales dificultades jurídicas de los autores, compositores e intérpretes ejecutantes en el sistema de regalías unificado en la actualidad digital, y cuáles son las cláusulas que puedan suponer un desequilibrio para los autores, compositores e intérpretes ejecutantes en los contratos de inclusión de fonogramas y el contrato de edición.

Entonces, para llevar a cabo esta investigación se ha estructurado en cuatro capítulos. En el Capítulo 1, titulado “Las relaciones contractuales dentro de la industria de la música”, se introduce al lector a una contextualización de la industria de la música actual, se efectúan

algunas precisiones conceptuales tanto de las relaciones contractuales como de sus intervinientes, a fin de comprender este fenómeno. En el Capítulo 2, “Derechos de autor en el sistema de regalías en la industria de la música”, se explican las generalidades de los derechos de autor aplicados al sistema de regalías en la industria de la música actual y sus sujetos de derecho. Seguidamente, en el Capítulo 3, titulado “El Sistema de Regalías Unificado en la actualidad digital”, se plantea el desafío jurídico que deben enfrentar los artistas, autores y ejecutantes para interpretar el sistema de regalías de derechos de autor y *copyright* en el entorno digital actual. Por último, en el Capítulo 4, “El contrato de inclusión de fonogramas y el contrato de edición en la actualidad digital”, se abordan los contratos de inclusión de fonogramas y el contrato de edición dentro de los sistemas de regalías de la industria de la música actual digital, sus características, su naturaleza, su aplicabilidad, los posibles escenarios y cláusulas a los que se pueden enfrentar los artistas.

Metodología: El estudio cualitativo busca la comprensión de los fenómenos en un ambiente usual, desarrollando la información basada en la descripción de situaciones, lugares, periódicos, textos, individuos, etc. Este enfoque suele ser utilizado para el descubrimiento y refinamiento de preguntas de investigación (Cuenya y Ruetti, 2010). De esa forma, este enfoque cualitativo es el faro de esta investigación, y en ello recae su importancia debido a que “cuando el investigador se encuentra en la etapa inicial de la formulación de un proyecto de investigación es indispensable el conocer y posicionarse en un determinado paradigma que guíe el proceso investigativo” (Ramos, 2015, p. 10).

Como estrategia de investigación se usó la investigación documental, la elaboración de fichas técnicas. Asimismo, la recolección de información se hizo, en su mayoría, a través de bibliotecas digitales, como las que pone a disposición de la universidad, libros, artículos científicos de repositorios universitarios, reportes de entidades autorizadas, legislación nacional, tratados internacionales, normatividad extranjera. Los criterios de selección del material fueron, entre otros, la actualidad de la información, que proviniera de fuentes académicas, la relevancia en el tema investigado, su aplicabilidad desde el momento en que los doctrinantes empezaron a abordar el tema cuando se comenzó a desarrollar el nuevo ecosistema de la música digital, hace aproximadamente 20 años.

Capítulo 1. Las relaciones contractuales dentro de la industria de la música actual en Colombia

El cambio que produjo internet en la industria de la música dio pie a que se establecieran modelos de negocio distintos a los tradicionales, de manera que, para que un artista pueda poner su música en el mercado y a disposición de usuarios de todo el mundo, ya no se hace necesaria la intervención de un sello disquero grande o *Major Label*, como lo aseguró Palacio (2017):

> Anteriormente, para que un artista pudiera distribuir o comercializar su música, la mejor opción, o tal vez la única opción, era firmar un contrato con un gran sello discográfico como Sony music entertainment o universal music Group. Hoy en día, gracias al auge y el desarrollo de internet, se han presentado nuevas oportunidades para los artistas, especialmente para los independientes. (p. 112)

Lo anterior, al mismo tiempo, ha ayudado a que cada vez más artistas, autores, productores fonográficos y, en general, todas las personas que aspiren a vivir del derecho de autor y sus regalías, emprendan sus modelos de negocio de manera independiente, para generar así unas relaciones contractuales diferentes a las tradicionales con actores nuevos en el juego y con la particularidad de que los intervinientes de la cadena de valor cumplen varios roles simultáneamente, en las diferentes etapas de producción, ejecución y distribución. En el caso específico de Colombia, como se indicó, la industria de la música tanto la tradicional como la independiente es de las industrias culturales que aportaron US$31.093.240,6 al producto interno bruto del país, según el DANE (2020), estos ingresos son provenientes de diversas fuentes como la producción, la distribución y la venta de música grabada, la administración de derechos de autor en composición y grabación, la interpretación en vivo, el manejo, la representación y la promoción, y la composición musical. Todas estas actividades son la manifestación de la explotación de los derechos de autor patrimoniales que cumplen un papel determinante en las relaciones contractuales que pueden evidenciarse en el presente capítulo, que para fines prácticos se dividió en tres etapas: 1) la etapa de creación, 2) la etapa de producción, y 3) la etapa de distribución digital.

1) Relaciones contractuales en la etapa de creación: para la USM de Colombia (Unión del sector de la música en Colombia), dentro de la etapa de creación están "todas las actividades relacionadas con la conceptualización, delimitación estética, creación de arreglos musicales, desarrollos líricos, dirección y planeación de contenidos de las presentaciones en vivo, y todo aquello que comprometa procesos de creación artística" (Giraldo, 2013, p. 4). Esta etapa es significativa porque desde aquí se empiezan a determinar cuáles son los derechos y las regalías repartidas en torno a la creación de la composición artística que posteriormente se convierten en un fonograma, es en esta etapa donde inicia el proceso de composición que puede desarrollar una persona o varias, que tendrán el papel de compositores ante el derecho de autor, como afirmaron Woolcott y Flórez (2014):

> A estos creadores se les conoce regularmente con el nombre de autor compositor. Dichos compositores de música y letra pueden ser una misma persona o diferentes personas. Sin embargo, la protección otorgada por el derecho de autor es para cada uno de ellos. (p. 19)

Cabe señalar que las obras que son en compañía se les llama obras en colaboración. En la realidad es común que varios compositores se encuentren en sesiones de diferentes estudios de grabación y escriban canciones juntos, lo que se convierte en una obra en colaboración. En este punto, la composición es nombrada por la ley como creación intelectual, pues aún no ha sido plasmada en un fonograma; es importante saber que la protección de la titularidad sobre la obra nace desde el momento de la creación como tal, lo que significa que no es necesario ningún registro, pero la Dirección Nacional de Derechos de Autor – DNDA en Colombia tiene la facultad de hacer los registros de las obras. Esto con el objetivo de probar la titularidad de los autores. No se deben confundir las obras en colaboración con las obras colectivas, pues el factor diferenciador de esta última es que la ejecución del fonograma suele darse por la iniciativa de un productor fonográfico independiente, quien se encarga de cubrir los gastos de ejecución y publicación de la obra colectiva. Un ejemplo de esto es cuando un sello independiente hace un campamento con

varios compositores y las obras que se creen en este tendrán sus derechos patrimoniales en cabeza del sello, el cual actúa como productor fonográfico.

2) Relaciones contractuales en la etapa de producción: en esta etapa, la creación intelectual se transforma en un fonograma, intervienen diferentes sujetos que hacen que la elaboración del fonograma sea posible. Cabe aclarar que en este proceso hay quienes tienen derechos de autor y derechos conexos sobre la obra y otros que no, de acuerdo con su función. A continuación, se mencionan los intervinientes en esta etapa, su función y los derechos que tienen sobre el fonograma.

Autor: se le llama autor o *songwriter* a la persona encargada de escribir la letra de la canción; además, es quien puede registrar únicamente la letra de la canción bajo la denominación de obra literaria. Es común que la letra haya sido escrita por varias personas, y cuando esto se da se llama coautoría; sobre ello, la Dirección Nacional de Derecho de Autor afirma que "cuando una obra es realizada por dos o más autores se habla de la coautoría. En este caso, todas y cada una de las personas que participaron en su creación son consideradas como autores" (Monroy et al., 2018, p. 10).

Compositor: es la persona encargada de la musicalización de la obra, quien crea la melodía. Generalmente, es un productor musical y plasma todos los arreglos de la obra por medio de un Software o Daw, "se puede decir que el trabajo de un compositor consiste en reunir elementos sonoros, organizarlos y construir con ellos estructuras superiores que permitan la transmisión de ideas, emociones y sentimientos" (Cortés, 2012, pp. 2-3). Ahora bien, la diferenciación entre autor y compositor es más técnica, aunque para efectos jurídicos son tomados como iguales. En muchos casos, los autores son también compositores, es decir que quien crea la letra también crea la melodía; a este tipo de personas se les conoce como autor – compositor. Tanto los autores como los compositores, por ley, pueden acceder a los derechos tanto morales como patrimoniales.

Músicos arreglistas: dentro de las sesiones de estudio se suelen contratar músicos arreglistas especialistas en determinado instrumento, guitarristas, bajistas, saxofonistas, etc., para que realicen arreglos musicales a la obra general; esto en derechos de autor se

conoce como adaptación de la obra, por lo que para tener parte de los derechos patrimoniales debe solicitar permiso al titular de la obra o el dueño del fonograma. A estos músicos, generalmente, se les reconoce su trabajo por medio de un contrato de obra o labor que se verá más adelante, el cual los excluye de los derechos de autor.

Intérprete y ejecutante: el intérprete es la persona encargada de cantar o interpretar la canción hecha por los autores y compositores. La Convención de Roma de 1961 fue el primer tratado internacional que habló de derechos conexos, pues en esta convención, específicamente en su artículo 3, se dio una definición de intérprete ejecutante que se conserva hoy, a saber: "Todo actor, cantante músico, bailarín u otra persona que represente un papel, cante, recite, declame, interprete o ejecute en cualquier forma una obra literaria o artística". La DNDA acercó esta definición a la industria de la música de la siguiente manera: "Los artistas intérpretes son las personas naturales que interpretan o ejecutan la obra musical. Al cantante o músico principal se le conoce como artista intérprete, y a los cantantes o músicos acompañantes como artistas ejecutantes" (Monroy et al., 2018, p. 12), Así como los autores y compositores, los intérpretes y ejecutantes tienen derechos morales y patrimoniales frente a la obra.

Ingeniero de sonido (grabación, mezcla y *mastering*): el Centro Argentino de Ingenieros (2017) afirmó lo siguiente:

> En principio es importante aclarar que la intervención de los ingenieros de sonido se da principalmente durante la producción musical, entendiendo a ese proceso como aquel que se lleva a cabo para convertir una obra musical en una producción musical, es decir en un producto para su distribución y comercialización en un soporte determinado. Ya sea, por ejemplo, un CD, un archivo de MP3 o un vinilo, por nombrar sólo tres. Y dentro de ese proceso pueden distinguirse tres etapas: la preproducción, la grabación y la postproducción, que a su vez tiene varias fases, como la edición, mezcla y masterización. (p. 30)

Es de mencionar que el ingeniero de sonido no se halla entre los sujetos protegidos por el derecho de autor y su labor, que es más técnica que creativa, es remunerada por medio de contratos de prestación de servicios u obra o labor.

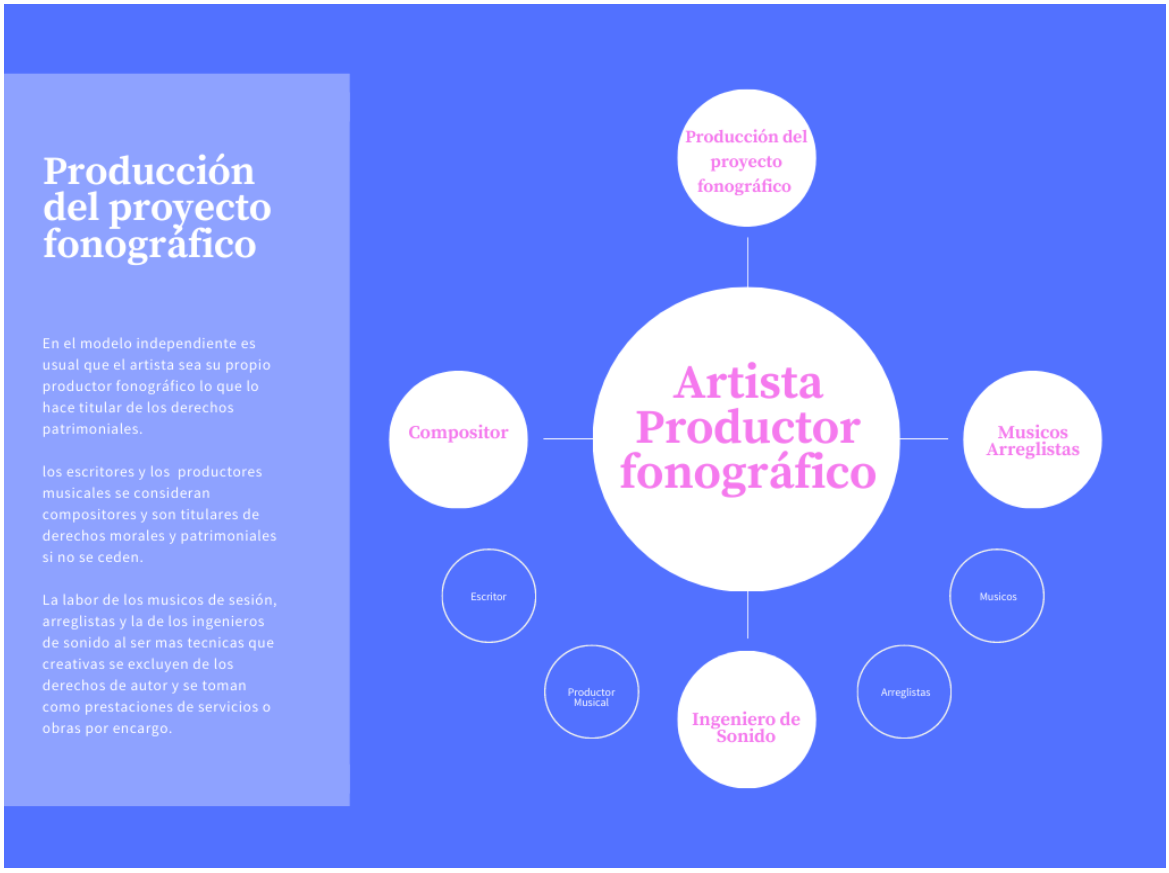
Productor fonográfico: es una persona natural o jurídica que se encarga de la ejecución del fonograma, desde los ámbitos administrativo y financiero, lo que significa que es aquella persona que reúne las partes involucradas en la creación del fonograma, se hace cargo de los gastos envueltos en la ejecución como alquiler de estudio, alimentación, pago de músicos e ingenieros, etc.; es quien vela por la fijación del fonograma o master.

> Aunque no es un interviniente de una etapa creativa o técnica de la obra este papel es de suma importancia con lo que a derechos patrimoniales se refiere ya que es el encargado de poner el dinero suficiente para que todas las etapas de la obra y posteriores que son la reproducción, comunicación pública, promoción, conciertos, entrevistas etc. (Gómez, 2014, p. 62)

Relaciones contractuales entre los intervinientes en la etapa de producción

Figura 1

Producción del proyecto fonográfico. *fuente*: *Elaboración propia.*



a) Relación contractual autor / compositor – artista intérprete: esta relación puede ser vista de dos maneras, la primera es si el autor o compositor decide ceder su parte de los derechos patrimoniales al artista intérprete para que este disponga de ellos, estos pueden cederse de manera independiente dejando por escrito cuáles derechos patrimoniales se ceden y cuáles no. Lo anterior se da generalmente cuando el artista ejecutante es independiente y dueño de sus fonogramas (masters), y actúa en calidad de productor fonográfico; ello se hace por medio de un contrato de transferencia o cesión de los derechos, por el lado de los derechos morales, para el derecho de autor en Colombia, son intransferibles e innegociables.

Entre tanto, si el autor decide no ceder sus derechos patrimoniales a ningún tercero, seguirá siendo el titular de los derechos patrimoniales y los podrá hacer valer frente a lo que genere la obra económicamente (regalías); para este caso, el autor compositor celebraría un contrato de edición directamente con el editor.

b) Relación contractual autor / compositor – productor fonográfico: de igual manera, esta relación puede ser vista de dos formas, dependiendo de si el autor o compositor decide ceder su parte de los derechos patrimoniales al productor fonográfico, para que este disponga de ellos; estos pueden cederse independientemente, dejando por escrito cuáles derechos patrimoniales se ceden y cuáles no, lo que se suele dar cuando el productor fonográfico es un sello independiente o es una disquera consolidada dueña de sus fonogramas (masters). Asimismo, se hace por medio de un contrato de transferencia o cesión de los derechos, por el lado de los derechos morales, para el derecho de autor en Colombia, estos son intransferibles e innegociables.

Mientras tanto, si el autor o compositor decide no ceder sus derechos patrimoniales a ningún tercero, seguirá siendo el titular de los derechos patrimoniales y los podrá hacer valer frente a lo que genere la obra económicamente (regalías); para este caso, el autor compositor celebraría un contrato de edición directamente con el editor.

c) Relación contractual músicos arreglistas – productor fonográfico: generalmente, la labor realizada por los músicos arreglistas es tomada bajo la figura de obra por encargo, lo que hace referencia a cuando la obra es creada en desarrollo de un contrato de prestación de servicios, la ley presume que la titularidad de los derechos patrimoniales la tiene el contratante que ha señalado el plan y que asume el costo y la responsabilidad de esta, y a llegar el documento que acredite tal situación. El autor solo conserva las prerrogativas morales.

> La obra creada por encargo es una figura jurídica propia del derecho de autor que surge como consecuencia de la celebración de un contrato de prestación de servicios entre una parte llamada contratista, quien se obliga a la elaboración de una obra

según las instrucciones y especificaciones impuestas por la otra denominada contratante o comitente. (Uribe, 2007, p. 45)

d) Relación contractual ingeniero de sonido – productor fonográfico: es preciso recordar que la naturaleza del trabajo de los ingenieros de sonido es más técnica que creativa, como lo exige la ley para acceder a derechos patrimoniales; empero, es común que los ingenieros entren en los créditos de producción del fonograma (derechos morales) para sumar nombre a su portafolio y similar a los músicos arreglistas su relación contractual con el titular del fonograma, generalmente se da por medio de un contrato de prestación de servicios, donde el ingeniero de sonido realiza sus servicios de mezcla y *mastering* a cambio de una única remuneración económica.

3) Relaciones contractuales en la etapa de distribución tradicional y digital: una vez se termina el fonograma, este obtiene el nombre de "Máster", que no es más que la canción en su formato digital, listo para ser lanzado; sin embargo, antes de realizarse el lanzamiento se deben seguir unos pasos en los cuales se ven involucrados varios intervinientes, pues antes de ello ya deben estar establecidos todos los derechos conexos de los participantes de la creación del fonograma. Es aquí donde entra en juego el editor o la editora, las sociedades de gestión colectiva, los organismos de radiodifusión, los agregadores y las plataformas de *streamming*.

Editor musical: según la DNDA, es aquella persona a quien se le encarga la administración de la explotación económica de los derechos patrimoniales sobre una obra musical, "es la persona que, mediante un contrato de edición, se encarga de gestionar la explotación económica de los derechos del autor o compositor, es decir, de comercializar las obras y pagar las regalías" (Álvarez, 2014, p. 14). Tradicionalmente, las editoras más grandes han sido multinacionales como Sony ATV, Warner Chappell, Universal Music Group y Emi Music; anteriormente, eran las únicas opciones para distribuir el catálogo de los artistas, pero en la actualidad cada vez más común la figura de las editoras independientes y que cada sello discográfico independiente cuente con su propia editora. En ese orden de ideas, es importante hacer la aclaración de que la editora es la encargada de los derechos patrimoniales sobre una obra musical, los cuales son con base en la

composición de la canción (*publishing*) y no con base en lo que genere el máster o la grabación.

Sociedades de gestión colectiva: están conformadas por los titulares de derechos de autor, tanto autores como compositores, artistas como productores fonográficos, para defender y gestionar colectivamente sus derechos. Según la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual – OMPI (2002):

> Las organizaciones de gestión colectiva "tradicionales", que actúan en representación de sus miembros, negocian las tarifas y las condiciones de utilización con los usuarios, otorgan licencias y autorizaciones de uso, y recaudan y distribuyen las regalías. El titular del derecho no participa directamente en ninguna de esas tareas. (p. 6)

Para el caso de Colombia, las sociedades de gestión colectiva autorizadas por la dirección nacional de derechos de autor, que son la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia – SAYCO, tiene como función la gestión, la ejecución pública de las obras y la reproducción publica de las obras que estén en su catálogo; la Asociación Colombiana de Intérpretes y Productores Fonográficos ACINPRO y ORSA, la Organización SAYCO & ACINPRO. Estas sociedades son sumamente necesarias para los artistas que suenan o aspiran sonar en el territorio colombiano; los artistas que quieran acceder a estas funciones en otros territorios deberán volverse miembros de sociedades de gestión colectiva internacionales como Broadcast Music Inc (BMI) o la Sociedad Estadounidense de Compositores, Autores y Editores (*American Society of Composers, Authors and Publisher* - ASCAP). Según ASCAP (2006):

> Para poder hacer cumplir de una manera efectiva y eficiente sus derechos bajo las leyes sobre derechos de autor, los compositores, autores de letras y editores americanos, incluyendo Hispanos, usualmente se hacen miembros de una de las tres organizaciones de derechos de ejecución de música. Estos grupos otorgan a los poseedores de sus licencias el derecho de interpretar públicamente, ya sea en vivo o a través de grabaciones, las obras de todos sus miembros o afiliados, para quienes

> estas sociedades recaudan y distribuyen los honorarios por las licencias concedidas. Más del 80% de los honorarios recaudados por las dos mayores organizaciones se pagan a los compositores y editores como regalías por la interpretación de sus obras protegidas por derechos de autor. Los escritores y editores extranjeros también están representados por estas organizaciones. Bajo este sistema, los compositores y editores se libran de la carga que representa vigilar sus derechos de autor en todo el mundo. Además, las personas que desean interpretar públicamente las obras protegidas por derechos de autor no tienen que negociar regalías con cada compositor o editora de música por las obras que desean usar. (p. 3)

Asimismo, las sociedades de gestión colectiva de diferentes países celebran convenios llamados contratos de reciprocidad, que facilitan a los autores y compositores artistas y productores fonográficos que suenan en el exterior el cobro de sus regalías.

Organismos de radiodifusión: en las décadas de los 70, 80, 90 y principios de los 2000, los organismos de radiodifusión, tanto la radio como la televisión, cumplían un papel determinante en la promoción y el marketing de una canción, generalmente las disqueras tenían alianzas o convenios con las emisoras y los canales de televisión para promocionar sus sencillos. Para Álvarez (2014), los organismos de radiodifusión:

> Son las empresas de radio o televisión que emiten y difunden señales a distancia, con destino al público, que pueden contener imágenes, sonidos o ambos. Cuando una obra musical es utilizada en cine, radio o televisión, se afectan los derechos de sincronización sobre ella. Es por esto que los titulares —ya sea el editor musical, el productor o el autor mismo— deben expedir una autorización expresa y escrita para que la pieza pueda ser incluida en una producción multimedia. (p. 15)

No obstante, en la actualidad y a causa del declive del consumo de los organismos de radio y televisión, muchos artistas, en especial los independientes, optan por omitir la difusión de sus obras por estos medios y darle especial enfoque a la promoción digital.

Agregadoras digitales: tienen un rol fundamental en la industria de la música actual, tomando en cuenta que la forma de consumir música es bastante diferente a la de décadas

pasadas, puesto que hoy basta con abrir una aplicación desde tu teléfono móvil para acceder de manera gratuita y legal a un catálogo sumamente amplio de música a tu disposición, y mucha de esa música es tanto de artistas firmados con disqueras grandes como de artistas independientes con disquera pequeñas, cabe resaltar que la mayoría son de origen estadounidense y europeo.

> Los agregadores son empresas intermediarias entre los artistas y las plataformas digitales. Algunos ejemplos de agregadores son cd baby, Tunecore, record union, Awa, emubands. desde el punto de vista de los artistas, los agregadores se encargan de distribuir las obras musicales en tiendas digitales, entre otros servicios, permitiendo tener una distribución global de la música, y a la vez se encargan de recolectar las regalías causadas por la explotación de las obras por streaming o descargas. (Palacio, 2017, p. 117)

Ahora bien, esto trae al negocio de la música unas nuevas condiciones y unos nuevos actores en el mercado; para muchos:

> Estas agregadoras podrían llegar a ser las nuevas disqueras de la era digital, ya que ofertan desde los servicios más básicos, como la colocación de la música en las plataformas musicales, hasta la creación de estrategias para el lanzamiento de discos, diseño de álbumes y su distribución de manera física y digital a nivel global. Esto transfiere el poder de las disqueras y la radio, poniéndolo en las manos de los artistas y la audiencia. (Riveros, 2018, p. 16)

Plataformas digitales: para comprender el concepto de las plataformas digitales musicales se debe tener claro en concepto de *streaming*:

> Puede ser definido como la distribución musical de archivos multimedia a través de la difusión continua por una red informática. el usuario recibe y reproduce audio y o video al mismo tiempo en que estos son distribuidos por un proveedor, sin necesidad de completar la descarga. (Jáuregui, 2015, p. 78)

De acuerdo con lo anterior, “una plataforma digital puede entenderse como el espacio virtual que da acceso a cierto contenido digital por medio de la tecnología. De esta forma se

muestra y se distribuye contenido de manera masiva" (Castañeda, 2018 como se citó en Trochez y Rodríguez, 2019, p. 12). En Colombia las plataformas digitales han sido categorizadas dentro del marco de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones impulsadas por la Ley 1341 Con esta ley Colombia empieza la construcción de una normatividad nueva que apunta hacia una posición abierta y sin sesgos hacia las diferentes plataformas digitales emergentes como Spotify. Además, se infiere que el acceso y uso de las TIC debe ser garantizado para promover el desarrollo del país, la libre competencia, los derechos de los usuarios y la eficiente infraestructura (Melo, 2018)

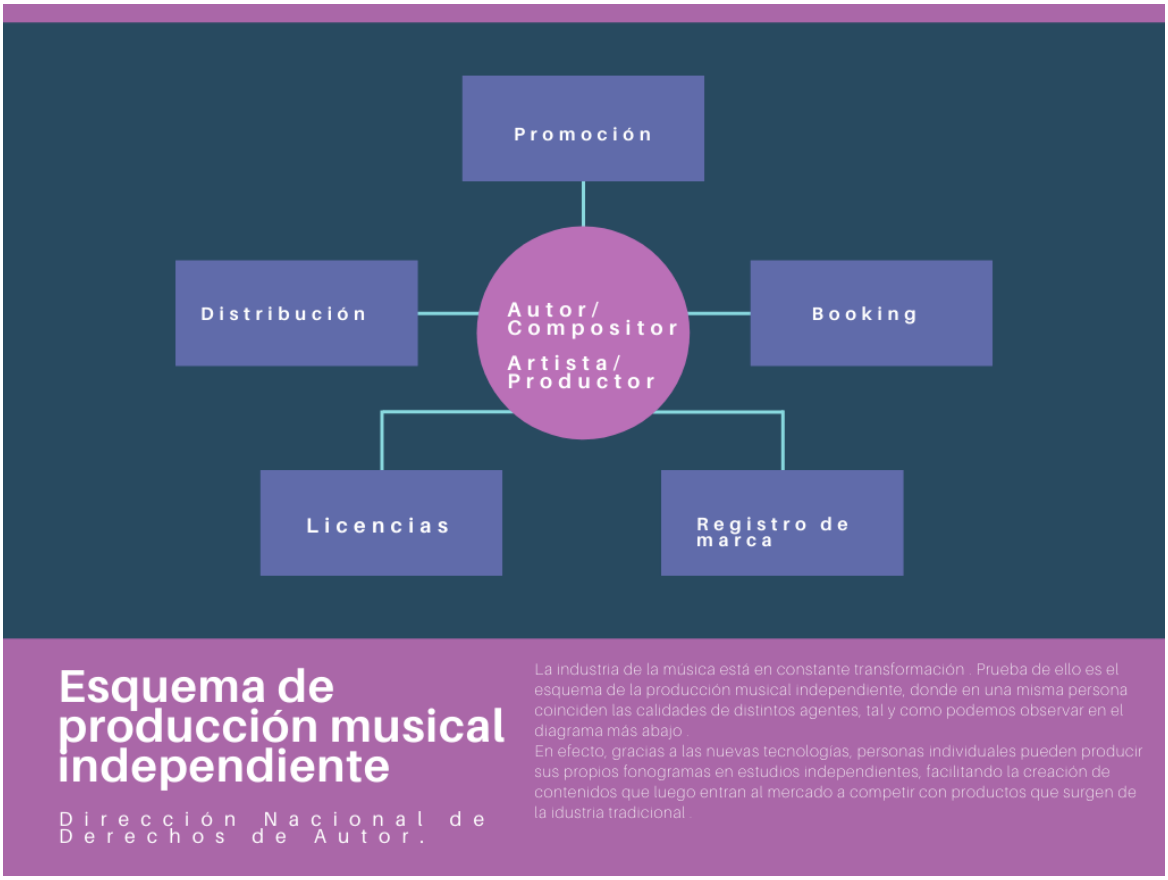
Mánager: en Colombia, la figura del mánager o representante cumple un papel determinante en esta etapa, pues es quien vela por los contratos y la promoción que involucran al artista. Ordelin-Font (2015) definió así este papel:

> Resulta más adecuado utilizar el término representante musical o manager para reconocer a la persona que, en interés ajeno, participa en la cooperación de la gestión y promoción cultural de la interpretación o ejecución, lo cual produce efectos jurídicos en el patrimonio del creador13, ya sea realizada en nombre propio o en el ajeno. Por ello, es válido afirmar que los presupuestos de esta figura quedan determinados en el entramado de la representación civil de una relación de gestión que se establece entre el artista y el representante, por efecto del contrato de gestión suscrito entre ambos que se ve influido por las peculiaridades y las especificidades del campo intelectual de la cultura, en especial de la música, ya sea que esta gestión implique desempeños por parte del representante como gestor o promotor cultural o ya sea ambas incluso. (p. 399)

Relaciones contractuales entre los intervinientes de la etapa de distribución

Figura 2

Esquema de producción musical independiente



Nota. Tomado de El derecho de autor y los derechos conexos en la industria de la música – Dirección Nacional de Derechos de Autor

a) Relación contractual productor fonográfico – editor: en la etapa de la distribución tradicional y digital el productor fonográfico debe velar porque los derechos morales y patrimoniales de todos los intervinientes en la obra estén debidamente asignados; para esto, el productor celebra un contrato de inclusión de fonograma con el editor, donde se autoriza la fijación de la obra con fines de reproducción, difusión o venta. Este contrato no autoriza

la comunicación pública, que se autoriza cuando el autor o el editor lo pacten mediante la sociedad colectiva a la que se encuentren afiliados.

b) Relación contractual productor fonográfico – agregador/distribuidor: es en esta relación donde el productor fonográfico autoriza al agregador a poner el fonograma en las diferentes plataformas digitales, para la publicación, la distribución y la comercialización de la obra y el fonograma, a través de un contrato de licencia o acuerdo de distribución digital donde el agregador se encargará de liquidar de manera periódica los ingresos generados de la comercialización del fonograma periódicamente.

c) Relación contractual editor – Sociedad de gestión colectiva: es la relación por medio de la cual los autores, a través de un contrato de mandato, autorizan a la editora para que la sociedad de gestión colectiva desarrolle la comunicación pública de la obra y la pueda licenciar con los usuarios interesados que pueden ser organismos de radio difusión como radio y emisoras, establecimientos públicos, organizadores de eventos entre otros.

d) Relación contractual mánager – artista: la relación contractual en este vínculo se manifiesta por medio de un contrato de manejo o representación. donde surgen una serie de deberes y obligaciones entre el artista y el representante.

En suma, estas son las principales relaciones contractuales dentro de la industria de la música el entorno del sistema de regalías en la actualidad; a continuación, se exponen los derechos de autor que regulan esas relaciones.

Capítulo 2. Derechos de autor en el sistema de regalías en la industria de la música actual

La mayoría de los artistas inician sus carreras musicales por amor al arte o por *hobbie* y deciden compartir sus canciones a través de internet, muchas veces sin saber que esa mera acción crea una serie de derechos que, hasta ese punto de sus carreras, suelen desconocer y que por ese desconocimiento dejan de percibir ingresos por concepto de regalías y no explotan de manera idónea estos fonogramas. La situación se agudiza cuando las canciones empiezan a tener éxito y al tener más exposición llaman el interés de sellos disqueros, productores fonográficos, editoras que ven potencial e interés económico en ese proyecto y es en este punto donde el artista empieza a hacer relaciones contractuales con dichas entidades que tienen más bagaje en la industria en el ejercicio del derecho de autor.

Esto es un medio para que en los contratos se lleguen a presentar cláusulas leoninas en contratos de adhesión y a medida que se va ejecutando el contrato, los artistas se dan cuenta de que cuentan con una serie de disposiciones contractuales a las que se deben adherir y que están inconformes en varios sentidos; es por esto que es frecuente que cuando un artista termina su relación contractual con su disquera y una vez hayan comprendido el funcionamiento interno del negocio en la industria de la música decidan emprender en su propio sello discográfico independiente actuando, a su vez, como su propio productor fonográfico, con todo lo que esto abarca desde el punto de vista legal y pecuniario. Además, esto mismo sucede con los artistas que nunca han tenido un acercamiento a un sello reconocido o un *major label* y que desde el inicio de sus carreras han explotado económicamente sus fonogramas de manera independiente, de ahí la importancia de que los artistas tengan claro el ejercicio del derecho de autor desde el inicio de sus carreras a la hora de iniciar desde el modelo independiente.

El derecho de autor se aplica a las creaciones literarias y artísticas como los libros, las obras musicales, las pinturas, las esculturas, las películas y las obras realizadas por medios tecnológicos como los programas informáticos y las bases de datos electrónicas (OMPI

2016), propiamente en la música los derechos de autor van ligados a la creación de una obra musical y las partes creativas intervinientes en la producción de la obra son los sujetos de derecho. Los derechos de autor se dividen en dos categorías:

Los derechos morales en la música: son de carácter personal, tienen como premisa ser otorgados únicamente a los autores, enaltecen el buen nombre del creador de la obra y están ligados a la intimidad del autor con su creación, según la Decisión 351 de la Comunidad Andina, en su artículo 11, que estos derechos son inalienables, inembargables, imprescriptibles e irrenunciables, no significan ingresos económicos, pero existe la potestad de controlar la obra por medio de derechos como el de conservar la obra inédita o divulgarla, el de reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento; y el de oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor. Los derechos morales en la legislación colombiana son: paternidad, integridad, retracto o arrepentimiento, ineditud y modificación.

Paternidad: es el derecho moral mediante el cual se reivindica la autoría de una obra a favor de su autor. Este es, sin duda, el derecho más importante cuando se habla del plagio, pues, como se verá, con esta conducta se desconoce la titularidad del autor sobre su obra. Este derecho ha sido reconocido desde el propio artículo 6 del Convenio de Berna. En consecuencia, la infracción a este derecho causará perjuicio a los derechos personalísimos del autor, sea que no se le mencione o se le sustituya en la paternidad con o sin dolo (Flórez et al., 2017). Este es el derecho que se protege cuando una canción es compartida en la red y es víctima de plagio, el cual busca proteger la autoría del autor verdadero.

> **Integridad:** es el derecho que tiene la persona natural creadora de una obra para exigir en todo momento que la misma se mantenga con la esencia y naturaleza con la que fue creada, prohibiendo que pueda ser mutilada, desmembrada o fraccionada, cuando tales actos atenten contra el honor del autor o reputación de la obra. Así, el autor tiene derecho a oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de la obra, cuando tales actos puedan causar o acusen perjuicio a su honor o a su

> reputación, o la obra se demerite, y a pedir reparación por éstos. (Delgado, 2017, p. 249)

Lo anterior quiere decir que el fonograma original siempre se mantenga igual, este derecho es independiente al de modificación.

Ineditud: es el derecho que tiene el autor a que no se hagan publicaciones de su obra. Esta facultad le permite al autor publicar o no la obra. Hay miles de canciones que se crean todos los días que nunca verán la luz y nunca serán publicadas por motivos creativos o legales o por mera voluntad del autor.

Modificación: es el derecho que tiene el autor a realizar cambios a la obra después de haber sido publicada, siempre y cuando indemnice a los terceros que afecte con el ejercicio de este derecho (Ley 23 de 1982, art. 30). Es común que para llegar a públicos diferentes al género en que está hecha la canción se modifiquen y se hagan versiones nuevas en otros géneros, para esto se debe tener la autorización del autor, lo cual incluye también los remixes que sean subidos a plataformas digitales.

Retracto: "Este derecho se fundamenta en la necesidad de preservar la libertad de pensamiento y la posibilidad del autor de cambiar de opinión con respecto a la divulgación de la obra" (Vega, 2010, p. 33), este se manifiesta cuando un autor, por decisión propia, decide sacar su obra musical del mercado.

> La Corte Constitucional, como órgano jurisdiccional competente para adelantar el control de constitucionalidad del ordenamiento jurídico colombiano, ha elevado los derechos morales de autor a la categoría de derechos fundamentales, por cuanto protegen la "facultad creadora del hombre", inherentes a su naturaleza racional y libre, lo que le permite manifestar su espíritu por medio de su capacidad de invención y expresión de ideas o sentimientos. Dicha categorización permite que los derechos morales de autor tengan un carácter prevalente constitucional sobre otras prerrogativas, como los mismos derechos patrimoniales de autor. (Bernal y Conde, 2017, p. 58)

En ese sentido, es clara la importancia que la legislación colombiana y el derecho de autor en los países de *Civil Law* les dan a los derechos morales, a diferencia de países del *Common Law* como Estados Unidos, donde sistemas como el de *Copyright* son enfocados en los derechos patrimoniales e incluso se pueden negociar los derechos morales, debido a que en este sistema es común que quien actúe como administrador/inversionista obtenga tenga garantías legales para proteger su inversión.

Los derechos patrimoniales en la música:

> Son las facultades exclusivas que le permiten al autor controlar los distintos actos de explotación económica de la obra, sea que el autor explote directamente la obra o que, como es lo usual, autorice a terceros a realizarla, y participe en esa explotación obteniendo un beneficio económico. son oponibles a todas las personas (erga omnes), son transmisibles, su duración es temporal y las legislaciones establecen algunas limitaciones y excepciones al derecho de autor. (Vega, 2010, p. 35)

Igualmente, son los que más relevancia tendrán en este artículo debido a que estos son de carácter netamente económico, se pueden negociar la explotación comercial de la obra; de igual manera, se pueden ceder a quienes tengan interés económico en la obra, como un productor fonográfico o una editora y son el fundamento legal de las regalías.

Derechos de reproducción:

> Entendido como el derecho exclusivo que tiene el autor a autorizar la fijación de su obra musical en cualquier soporte, así como cualquier reproducción posterior del material fijado. Así, podrá decidir si se fija la obra en un disco fonográfico, una banda magnética, soporte digital u otro soporte, así como el formato, y número de ejemplares a reproducirse. La explotación económica de este derecho puede realizarse, por ejemplo, mediante el cobro de un monto por concepto de autorización, el cual puede ser fijo o porcentual, a favor del autor. (Iriarte y Medina 2013, p. 11)

Del mismo modo, es el derecho que tiene el autor:

> [A] impedir a terceros la realización de copias de su obra es el derecho más básico dentro del derecho de autor. Por ejemplo, hacer copias de una obra protegida es el acto de un editor que desea distribuir al público ejemplares de una obra basada en texto, sin perjuicio de que sea en forma de ejemplares impresos o medios digitales como los CD-ROM. (OMPI, 2000, p. 7)

> **Derechos de distribución:** entendido como el derecho exclusivo que tiene el autor a autorizar si la obra musical, una vez reproducida, ha de ser distribuida y, de ser así, los medios, formas y alcance territorial de la distribución a realizarse. La explotación económica de este derecho puede realizarse, por ejemplo, mediante el cobro de una remuneración fija o porcentual, a favor del autor. (Iriarte y Medina 2013, p. 11)

Derechos de comunicación o ejecución pública:

> En muchas legislaciones nacionales se entiende por interpretación o ejecución públicas toda interpretación o ejecución de una obra en un lugar en el que el público esté o pueda estar presente, o en un lugar no abierto al público pero en el que se encuentre presente un número considerable de personas al margen del círculo familiar normal y gente allegada a la familia. Con el derecho de interpretación o ejecución públicas se faculta al autor o al titular del derecho de autor a autorizar la interpretación o ejecución en directo de una obra, como puede ser una obra teatral en un teatro, o un concierto sinfónico en una sala de conciertos. Por interpretación o ejecución públicas se entiende también la interpretación o ejecución mediante la grabación. Por consiguiente, se entiende por interpretación o ejecución públicas de una obra musical el hecho de que la grabación sonora, o fonograma, de dicha obra pueda escucharse gracias a un equipo de amplificación, por ejemplo, en discotecas, aviones, centros comerciales, etc. (OMPI, 2016, p. 12)

> La ejecución pública de obras es una modalidad de la comunicación pública, que requiere ser autorizada de manera previa y expresa por el autor o su

> derechohabiente acorde con lo dispuesto en los artículos 13, literal b) de la Decisión Andina 351 de 1993 y 12 literal c) de la Ley 23 de 1982. (Olarte y Rojas, 2017, p. 11)

Capítulo 3. El Sistema de Regalías Unificado en la actualidad digital

Hablar de un sistema de regalías unificado global resulta bastante complejo, tomando el sistema estadounidense como referencia debido a su importancia en el mercado, pues representa aproximadamente la mitad de la industria de la música mundial, mientras que la otra mitad está dividida en varios cientos de países cada uno con sus propias instituciones y organizaciones. Esto hace que exista una complejidad Jurídica y empresarial pues otros territorios también han creado organizaciones para garantizar que los compositores y artistas cobren. Algunas estructuras en Estados Unidos son únicas, en comparación con las normas del resto del mundo, a pesar de las complejidades de la cesión de licencias de música en Estados Unidos, el mercado común de Europa puede considerarse aún más difícil ya que actualmente hay 28 países miembros, cada uno con sus propias sociedades de derechos además de múltiples centros de colaboración para la concesión de otras licencias y otros acuerdos paneuropeos, por lo que es imposible generalizar el complejo negocio mundial de la música con un modelo único y sencillo. En materia de regalías por *Streaming* en Colombia Devia (2021): asegura que:

> Además de las capacidades facultativas del Estado para determinar el curso de algo completamente nuevo, como es en este caso las plataformas digitales, el Estado debe garantizar el equilibrio y el desarrollo justo de los negocios entre las diferentes partes involucradas. Sin embargo, en el caso colombiano existe un problema en las regalías que deben recibir los artistas por medio de las plataformas digitales. (p. 35)

De acuerdo a Palacio Puerta (2017) citado en Devia (2021):

> Aunque el internet tiene alcance mundial y los límites geográficos no afectan el intercambio de información, lo cierto es que respecto de derechos de autor no existe un sistema internacional de protección. Cada país cuenta con su propia legislación en derechos de autor, que muchas veces puede ser diferente respecto a la otra, lo que

puede generar problemas respecto al cumplimiento de las diferentes legislaciones nacionales de derechos de autor en negocios de alcance global. (p. 39)

Por lo tanto, hay situaciones en las que los artistas deben realizar acuerdos con los agregadores donde al parecer cada agregador recolecta y distribuye las regalías conforme a las leyes bajo las cuales se rige dicho intermediario, mas no según las leyes del lugar donde residen los artistas, ejecutantes y productores de fonogramas o las leyes del lugar donde se utiliza la obra. Lo anterior perjudica a los artistas nacionales o quienes utilicen sus interpretaciones en territorios donde todavía no funcionen los agregadores locales, como es el caso de Colombia. (p. 39)

El problema radica en que, en primer lugar, en Colombia no existen agregadores, los artistas deben contratar agregadores que comúnmente se encuentran en Estados Unidos, bajo el sistema estadounidense, el cual estableció que el derecho a recibir regalías por el uso del fonograma, incluyendo comunicación pública, lo tiene el productor del fonograma, y este les pagará a los artistas y a los músicos acompañantes de acuerdo con sus términos contractuales. No obstante, en el caso de la comunicación pública por transmisión digital no interactiva, los intérpretes y ejecutantes tendrán el derecho de percibir el 45% de las regalías recaudadas. (p. 40)

En otras palabras, significa que los artistas, intérpretes y ejecutantes en Colombia no tendrán las mismas regalías de sus obras ya que por mandato legal solo tendrán derecho a percibir una remuneración en caso de comunicación pública por transmisión digital no de forma interactiva, como las que se dan en plataformas como Deezer o Spotify gratuito. Es decir, aquellos servicios en que el usuario elige un artista o una categoría música o ritmo musical, y la plataforma ofrece varias playlists sin que el usuario las haya buscado directamente. (p. 40)

Consecuentemente, puesto que en Colombia no existe una legislación específica de servicios de streaming como se menciona anteriormente, la interpretación se hace bajo la ley de derechos de autor establecida en el artículo 173 de la Ley 23 de 1982, modificado por el artículo 69 de la Ley 44 de 1993, la cual consiste en el derecho

> que tienen los artistas, intérpretes y ejecutantes de recibir un pago equitativo por la radiodifusión directa de un fonograma hecho con fines comerciales o su reproducción o para cualquier otra forma de comunicación al público. De este modo, el Estado colombiano elige la remuneración equitativa tanto para artistas como para productores en el derecho de remuneración (p. 41)
>
> De igual manera, la ley colombiana otorga el derecho de remuneración para "cualquier otra forma de comunicación al público" dentro de este concepto entra la puesta a disposición de fonogramas. La puesta a disposición hace referencia a cuando el público puede acceder a la obra desde el lugar y momento que cada uno desee, es decir, como en el caso de una obra a la que pueda accederse en internet. En la legislación colombiana se ha entendido que la puesta a disposición es una comunicación al público. Por lo tanto, cuando un fonograma es comunicado a través de internet, los artistas e intérpretes tienen derecho a una remuneración.
>
> Lo que quiere decir que en el momento en que un artista colombiano, que resida en Colombia y cuyas obras se explotan en Colombia decida contratar a un agregador estadounidense (ya que no existen agregadores colombianos) para que distribuya sus obras en las plataformas digitales y recaude por su uso las regalías correspondientes no se podría hacer de forma adecuada puesto que se crearía entonces una dificultad para saber qué derechos se están recaudando, lo que conlleva a que el artista colombiano reciba menores regalías que a las que tiene derecho según la legislación colombiana (p. 41)

Manifiesta Devia (2021):

> debido a la falta de una adecuada legislación colombiana frente a las plataformas digitales, los artistas locales tienen una desventaja con respecto a los artistas de otros países, ya que existe un vacío normativo que indique las regalías que debe recibir un artista en el caso en que el agregador sea de otro país, además de que en todos los casos será un agregador extranjero puesto que en Colombia, como se ha

> mencionado, no hay agregadores locales, en ese sentido se imponen las reglas de juego de las compañías extranjeras.

Pese a las diferencias de legislaciones entre países Colombia ha pactado múltiples tratados internacionales en lo referente a la propiedad intelectual y los derechos de autor en los que destacan los primeros que intentaron una "armonización internacional", entre ellos el convenio de Berna de 1886 que marcó un precedente en las políticas de protección de obras literarias y artísticas de sus países miembros, posteriormente nace la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI quienes por medio del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor de 1996 buscaron la ampliación de la protección de los autores frente a los desafíos que trae consigo el avance tecnológico, ejemplo de esta ampliación fueron los tratados de internet, los cuales para Bernal (2019):

> Establecieron que la protección otorgada en la realidad análoga a los autores, por una parte, y de los artistas intérpretes y ejecutantes y productores de fonogramas, por otra, debe ser la misma en el entorno digital. Si bien las disposiciones de los Tratados Internet suponen un avance la regulación de estas materias, estos instrumentos: i) se refieren más a las tecnologías digitales que al entorno digital como tal. Ante este panorama, los Tratados Internet dejaron en manos de las jurisdicciones internas de los Estados (o de una celebración posterior de otros tratados), la regulación de dichos temas. (p. 35)

Posteriormente, con la adaptación del derecho de autor colombiano a las direcciones del régimen subregional andino (Decisión Andina 351), cuyas decisiones fueron dotadas de naturaleza especial y carácter de normas supranacionales, trayendo consigo el reconocimiento a una serie de derechos morales y patrimoniales sin embargo, respecto al entorno digital, la Decisión Andina 351 se limitó a elaborar unas disposiciones frente al licenciamiento de softwares y a brindar a los softwares una protección similar a la que reciben las obras literarias, a consecuencia de esto se le dio la libertad a los países miembros de la Comunidad Andina de regular los aspectos relacionados al entorno digital por medio de normas nacionales o acudiendo a instrumentos internacionales. Con la firma del tratado de libre comercio TLC entre Colombia y Estados Unidos surgieron una serie de

pactos en materia de propiedad intelectual, de derechos de autor y derechos conexos con el objetivo de armonizar ambos sistemas.

> Esta "armonización" obedece a la política exterior de Estados Unidos (EE. UU.) de "exportar" sus normas a través de la suscripción de tratados. El TLC es, entonces, un instrumento internacional de naturaleza muy peculiar, en la medida en que los compromisos contenidos en él implican una suerte de trasplante normativo de algunas disposiciones del *copyright* norteamericano en el sistema colombiano de derecho de autor. (Bernal, 2019, p. 26)

Ahora bien, este intento de armonización resulta bastante complejo de aplicar, dada la diferencia en la naturaleza del sistema *copyright* y el sistema de derechos de autor que deriva en contradicciones hasta de índole constitucional, como es el caso de la jerarquía que existe en el derecho de autor colombiano, la cual coloca los derechos del autor por encima de los derechos conexos de los ejecutantes, como lo afirmó la Corte Constitucional en Sentencia C-040 de 1994.

> Para la Corte Constitucional es claro que existe una diferencia de hecho entre el autor de una obra artística y las demás personas que intervienen en la ejecución, producción o divulgación de la misma. En efecto, mientras que aquél creó algo nuevo, original y distinto, éstas derivan su oficio de dicha creación. Y si bien puede afirmarse que cada versión de una misma obra es disímil, es lo cierto que, en esencia, la materia prima de toda reelaboración sigue siendo la misma: una única y original creación del espíritu. (Num. 4.2.1)

En contraste, el *copyright* anglosajón no tiene esta relación especial entre el autor y la obra y no existe esta jerarquía por lo que la importación de esta disposición a través de la ley 1915 sería contraria a una disposición constitucional. Otra disposición que se hace compleja trayéndola a la aplicabilidad es la que propone un sistema de indemnización propio del *copyright*, el cual posee toda una infraestructura de *compensatoty damages* y de *statutary damages*, a diferencia de Colombia, donde no existe un sistema desarrollado de perjuicios en derechos de autor sino que estos inconvenientes son solucionados bajo el

régimen de la responsabilidad civil extracontractual tradicional y existe poco o nada en materia de precedentes judiciales. en materia internacional el tema de las indemnizaciones por perjuicios por derechos de autor es tratados brevemente en el artículo 27 de la Decisión Andina 351; si bien con la importación de este tipo de normas se busca llenar vacíos jurídicos Colombia, no ha desarrollado la infraestructura normativa suficiente para llevar a cabo su aplicabilidad de manera idónea.

Sin embargo, existen dos derechos de autor que son universales y son indispensables para entender el sistema de regalías, estos derechos son la composición musical (*publishing*) y la grabación de sonido (*máster),* tres tipos de licencia (derechos de ejecución, mecánicos y de grabación de sonido/derechos conexos) y los roles funcionales descritos en la red de valor, algunos artistas escriben y graban su propia música, mientras que otros se especializan, algunos escritores se auto publican y algunos artistas actúan como su propio sello, muchos sellos son propietarios de negocios editoriales, algunos usuarios requieren licencias directas con el editor, pasando por alto las sociedades de derecho por completo y siguen surgiendo nuevos modelos de negocio combinados o especializados, especialmente impulsados por la tecnología (Sellin y Seppälä, 2017).

Derechos de la grabación (*máster*): Tradicionalmente, los derechos de masterización suelen pertenecer al artista o a los artistas, el sello discográfico, el estudio de grabación (si el artista no puede pagar los servicios de grabación), o cualquier otra parte que haya financiado la grabación. La razón por la que los derechos del master existen como derechos de autor propios es porque si grabas tu propia versión de Thriller de Michael Jackson Thriller, grabada en estilo Ska-Punk, estás creando una grabación de audio diferente con músicos diferentes, en un estudio diferente, grabada en un momento diferente, con dinero diferente, etc. Por lo tanto, el propio máster es una pieza diferente de propiedad intelectual, aunque la melodía y la letra de la canción siguen siendo las mismas. Son la letra y la melodía las que llevan al siguiente tipo de derechos de autor: los derechos de autor de la canción. Si usted es el titular de los derechos de la grabación, si es el titular de los derechos de la grabación sonora de su música, es posible que quiera registrar esa obra en la Oficina de Derechos de Autor (Indie Music Academy [IMA], 2020).

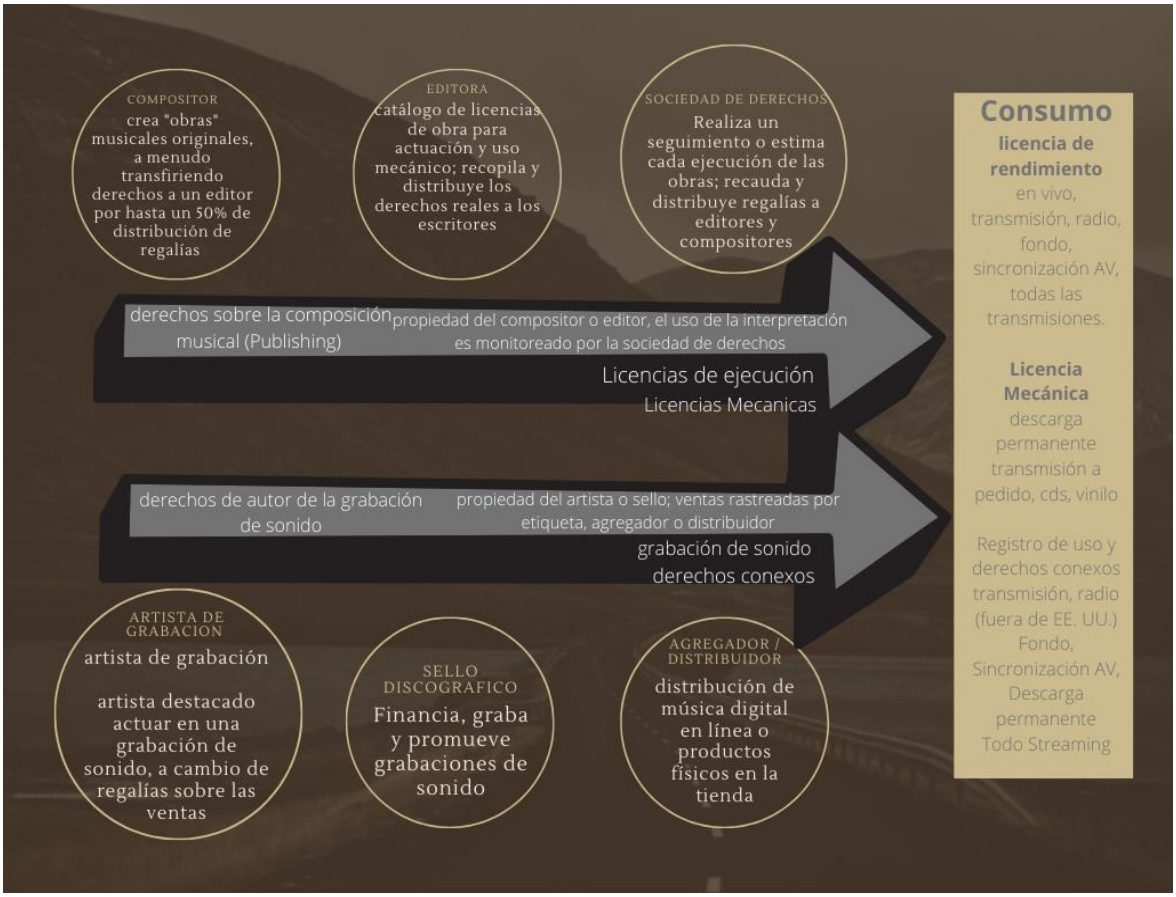
Derechos de autor de las canciones (*Songwriting Copyright*): es "la composición propiamente dicha, la música y la letra de una canción, independiente de cualquier grabación específica de esa composición. Ese derecho de autor es de propiedad del/de la compositor/a y/o de la editora" (CD Baby, 2020, p. 4).

En ese orden, para obtener permiso de utilizar una composición musical con derechos de autor, se necesita ponerse en contacto con el titular de los derechos de autor y obtener los derechos de publicación. Los derechos de publicación pertenecen al propietario de la composición musical. El aspecto editorial de la música se refiere a las notas, melodías, acordes ritmos, letras y cualquier otra pieza de música original. Por ende, al componer una música propia, o al solicitar permiso para utilizar una pieza musical propiedad de otra persona, hay que tener en cuenta ambos tipos de derechos de autor, el de grabación de sonido y los derechos de autor (IMA, 2020).

Con lo anterior explicado se presenta la siguiente gráfica:

Figura 3

Derechos sobre la composición musical / Derechos de autor de la grabación de sonido



Nota. Tomado de *Digital Music Industry – Background Synthesis* por D. Sellin y T. Seppälä, 2017, The Research Institute of the Finnish Economy.

Las regalías musicales: son las que permiten a todo compositor musical recibir ingresos por los usos que se hagan de sus canciones. En un sentido estricto, una regalía es una cantidad prefijada de dinero que corresponde al propietario de un derecho intelectual, por el permiso de utilizar sus creaciones. En el ámbito musical, un compositor, mientras no haya cedido sus derechos, tiene la potestad de exigir regalías musicales. Esto significa que, mientras un creador no haya cedido los derechos sobre su obra a una compañía o a algún editor musical, es el dueño legítimo de su creación y la persona a quién deben responder todos los interesados en ejecutar, reproducir o mezclar su obra artística. Por esta razón, las

regalías musicales representan una de las formas predilectas de los músicos compositores para generar ingresos económicos.

Tabla 1

Tipos de Regalías y sus características actuales

Tipos de regalías	Qué son	Características
Regalías mecánicas	Este tipo de regalías son dadas por la explotación del derecho de reproducción que ostenta un compositor sobre su obra. Es decir, la posibilidad de hacer copias de su obra en una grabación fonograbada.	Serán recibidas por los autores-compositores siempre y cuando no hayan cedido sus derechos.
Regalías de Ejecución o comunicación publica	Este tipo de regalías, son dadas, como su nombre lo indica, por la explotación al derecho patrimonial de comunicación pública. Consiste en un pago dado por la explotación de la música en establecimientos abiertos al público, conciertos, radio tradicional u otra fuente que pueda comunicar una obra. Es decir, cada vez que la música suena en bares, restaurantes, conciertos, hoteles, supermercados, etc.	-las empresas que hagan uso de la música deberán reconocerle un valor a unas entidades conocidas como Sociedades de Gestión Colectiva, cuya misión es dar licencias, monitorear los usos, recaudar los dineros y entregárselos a los compositores, interpretes, ejecutantes y productores fonográficos afiliados. En Colombia estas entidades son SAYCO y ACINPRO, quienes tendrán la tarea de reconocerle y entregarle estas regalías a sus artistas vinculados. -En Estados Unidos encontramos tres entidades con esta importante tarea, BMI, ASCAP y SESAC.
Regalías de sincronización	Cuando hablamos de sincronización o sync nos referimos a la posibilidad de que una canción u obra musical haga parte de una producción audiovisual como una película, programa de televisión, anuncios, videojuego, etc.	-Estas regalías son dadas como pago por una licencia de sincronización, las cuales pueden ser una gran forma de generar dinero. Estás regalías serán otorgadas directamente al compositor o interprete si son independientes, o a su editora o sello discográfico si es el caso de un artista firmado. Este tipo de licencias son otorgadas por el titular de los derechos patrimoniales o aquella entidad que le haya sido conferida esta labor, como podría ser en Colombia

		ACODEM o la Agencia Harry Fox en el caso de Estados Unidos, existen agregadoras digitales las cuales consagran dentro de sus servicios la opción de otorga este tipo de licencias, como es el caso CD Baby.
Regalías digitales	Este tipo de regalías son pagadas a los productores fonográficos, que puede ser, un artista independiente o un sello discográfico, por el streaming o reproducción de una obra en una plataforma digital o On-Demand como Spotify, Deezer, Apple Music, Tidal, etc.	En la actualidad estas plataformas superan el 75% de la explotación musical mundial, transformándose, necesariamente, en un importante ingreso para los artistas. Para poder obtener estos dineros es necesario que un artista se vincule a una agregadora digital quien distribuya su música en las miles de plataformas digitales.

Nota. Tomado de ¿Qué tipo de regalías existen en la industria musical?, por M. Velásquez, s.f., https://destralegal.com/que-tipos-de-regalias-existen-en-la-industria-musical/

Capítulo 4. El contrato de inclusión de fonogramas y el contrato de edición en la actualidad digital

Los contratos en la industria de la música al igual que cualquier contrato deben tener unos elementos que garanticen su existencia legal, su importancia radica en que si faltan estos elementos el contrato perdería su validez jurídica, estos elementos son generales de todos los contratos: los elementos personales, los elementos reales y los elementos formales; atendiendo, a su vez, a los elementos particulares de los contratos propios de la industria de la música. En Colombia, los contratos según el artículo 1495 del C.C., “son actos por los cuales una parte se obliga con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa, cada parte puede ser de una o muchas personas”. Esta es la definición que se encuentra en el Código Civil, sin embargo, es una definición más encaminada hacia el termino obligación y no deja tan claro el concepto de lo que es un contrato a diferencia de la definición encontrada en el Código de Comercio, en su artículo 864, que reza así:

> El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta.

Elementos personales: propiamente en la industria de la música, los contratos suelen ser bilaterales, entre dos o más personas que pueden ser naturales (autores, compositores, ingenieros, arreglistas, músicos de sesión, etc.) o jurídicas (editoras, sellos discográficos, sociedades de gestión colectiva, etc.), las cuales deben tener la capacidad jurídica para ser sujetos de obligaciones y deberes, se debe recordar que en Colombia, como en otras partes del mundo, todas las personas, incluyendo las personas con discapacidad, se reconocen como personas jurídicas, es decir como sujetos de derechos. Empero, no se debe confundir la personalidad jurídica con la capacidad jurídica, pues esta última hace referencia a la posibilidad de ejercer los derechos. No obstante:

> El nuevo régimen legal de capacidad que plantea la ley 1996 de 2019 se acomoda más al modelo social de la CRPD pues asegura el debido ejercicio de derechos, la protección y cumplimiento de las garantías legales, convencionales y constitucionales que las personas en condición de discapacidad tienen con base en el principio universal de igualdad frente a las demás personas. (Peters, 2019, p. 14)

Otro aspecto para tener en cuenta es el consentimiento, que hace referencia a la manifestación libre, voluntaria y consciente de las decisiones tomadas a la hora de entablar un contrato:

> Es decir, que el consentimiento como manifestación de la voluntad que no deja lugar a dudas es una expresión autónoma del individuo constituido como parte dentro del negocio jurídico, es decir que tiene plenas competencias para ejercerla: tomar sus propias decisiones y asumir las consecuencias de sus actos. (Garcés, 2014, p. 26)

Puede existir nulidad en caso de intimidación, fraude, violencia o equivocación, es decir, si se presenta alguna de estas situaciones se podrá alegar un vicio en el consentimiento.

Elementos reales: el objeto en los contratos de la industria de la música puede tener algunas particularidades, dado que el objeto puede ser el fonograma que es un bien intangible e incorporal, "el Código Civil hace la distinción dentro de los bienes, entre los de naturaleza corporal e incorporal pudiéndose encasillar a la propiedad intelectual dentro de los incorporales" (Jiménez, 2009, p. 8); el objeto también puede ser una obligación, una prestación de dar hacer o no hacer, una mera cesión de derechos o una combinación de todos, esto dependerá de la finalidad y las características de cada contrato en particular. De igual manera, es común en estos contratos que se pacten obligaciones sobre bienes que aún no existen pero que se espera que existan en un futuro, por ejemplo cuando una disquera firma a un compositor para que escriba un álbum, en el momento las respectivas canciones que compondrán ese álbum no existen, pero con la manifestación de voluntad por parte del compositor se espera que existan a futuro.

La licitud del objeto es otro de los elementos del objeto como lo indica el artículo 1519 del Código Civil y de tratarse de un objeto ilícito será desconocido por el derecho causando nulidad por vicio en el objeto; también es importante la determinación del contrato para que no pueda confundirse con otros, y para esto debe determinarse la territorialidad del contrato, es decir, dónde se va a ejecutar el contrato, debe recordarse que los países tienen convenios de coedición para facilitar la recolección de las regalías, la duración del contrato también debe determinarse para ello existe libertad contractual según el tipo de contrato se pacta la duración del mismo, la costumbre en la industria de la música es que los contratos de administración de *publishing* o *co-publishing* se hagan de 3 a 5 años. al igual que los contratos 360, se debe determinar expresamente cuáles serán los derechos cedidos, puesto que cada derecho patrimonial puede cederse de manera independiente y, en consecuencia, también se deben determinar los usos y autorizaciones de la obra. Para los contratos de obra por encargo o *work for hire*, se debe establecer la remuneración o precio debido a que en estos contratos se paga una cantidad fija a diferencia del contrato conocido como *Split sheet*, en el cual lo que se fija es un porcentaje por el resultado de la explotación de la obra.

Sin embargo, el término “objeto” en los derechos de autor propiamente hace referencia al objeto de protección de la obra que de hecho manifiesta unos requisitos para esa protección como lo son:

> Que se trate de una creación intelectual: Es decir que sea el producto del ingenio y de la capacidad humana.
>
> Que sea original: La originalidad, no puede confundirse con la novedad de la obra, la originalidad se constituye en el sello personal que el autor imprime en su obra y que la hace única.
>
> Que sean de carácter literario o artístico: Esto se refiere a la forma de expresión de la obra, es decir, del lenguaje utilizado.
>
> Que sea susceptible de ser divulgado reproducida: Lo anterior por cualquier medio conocido o por conocer. (Dirección Nacional de Derecho de Autor [DNDA], 2016, p. 3)

Características de los contratos de inclusión de fonogramas y edición

Tipicidad:

En Colombia, tanto el contrato de inclusión de fonogramas como el contrato de edición están estipulados en el capítulo X de la Ley 23 de 1982, por lo que pueden considerarse típicos teniendo en cuenta que se le conoce como contratos típicos a los son los que están regulados por una ley. En sentido amplio, aquellos cuyas características esenciales, nacimiento y efectos se encuentren reguladas por una norma, aunque sea una normativa escasa, que tenga que completarse con las normas generales de los contratos (Giraldo, 2019).

Adhesión:

Generalmente, los contratos en lo que se ven involucrados artistas son contratos por adhesión en los que el productor fonográfico llega con la propuesta contractual y

corresponde al artista aceptar o no; al respecto Fontaine y González (2004) manifestaron lo siguiente:

> Lo más frecuente en materia de contratos de artistas es que éste se verifique bajo la forma de un contrato por adhesión y no de un contrato libremente debatido por ambas partes. En los contratos de adhesión o por adhesión nos encontramos con que el contenido del contrato ha sido establecido previamente por una de las partes del contrato, sin intervención de la otra parte, a la cual sólo le cabe adherir o no al contrato, sin poder introducirle modificaciones relevantes. (p. 11)

Esto puede jugar a favor del productor de fonogramas, quien establece las condiciones en primera instancia lo cual puede ser contraproducente para el artista sobre todo si apenas está empezando y no entiende el negocio. "En los contratos de adhesión su contenido es impuesto por el predisponente al adherente sin ninguna posibilidad de ser discutido ni modificado, incrementándose así el riesgo de alteración del equilibrio jurídico del mismo" (Posada, 2015, p. 141).

Bilateralidad:

La diferencia entre "los actos unilaterales, como lo sugiere su denominación son aquellos en los que únicamente se exterioriza la voluntad de una persona, en tanto que en los bilaterales concurren dos o más voluntades" (Peña, 2014, p. 109). Los contratos en la industria de la música suelen ser de índole bilateral; es importante recordar que esta clasificación no atiende al número de obligaciones que se originan, sino a la circunstancia de que se obligue una o ambas partes.

Onerosidad: se denomina onerosidad en un contrato "cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno en beneficio del otro. Por ejemplo, en el contrato de compraventa una parte se obliga a entregar el bien y la otra a pagar el precio" (Peña, 2014, p. 123). Los contratos en la música son de carácter oneroso, dado que se busca un lucro económico por medio de la explotación comercial de los fonogramas en donde dependiendo de los proyectos suelen poner grandes inversiones, a fin de impulsar y generar regalías. El artículo 106 de la Ley 23 de 1982 señala lo siguiente:

> En todo contrato de edición deberá pactarse el estipendio o regalía que corresponda al autor o titular de la obra. A falta de estipulación, se presumirá que corresponde al autor o titular un 20% del precio de venta al público de los ejemplares editados.

Conmutativos: están dentro de los onerosos.

> Son los denominados conmutativos en los cuales y según la definición la definición del artículo 1498 del código civil: cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez. (Polidura, 2017, p. 6)

Entonces, al tratarse de un contrato oneroso sebe el contrato debe generar beneficios para las partes; estos beneficios deben ser equitativos especialmente a la hora de iniciar el proyecto artístico, debido a que las inversiones en la industria de la música son consideradas inversiones de alto riesgo, dada la poca seguridad a la hora de generar los retornos y ganancias de una inversión. Esto hace referencia a que la equivalencia debe ser antes de iniciar el proyecto y por ello es fundamental que los artistas lo tengan claro a la hora de firmar un contrato de esta índole.

Principales:

> Los contratos principales son independientes y autónomos, es decir que se bastan a sí mismos y no requieren para su validez de un contrato diverso. Este es, precisamente, el caso de los contratos de artistas, ya que no dependen de la celebración de otros contratos para subsistir. (Fontaine y González, 2004, pp. 16-17)

Consensuales: la consensualidad de las relaciones contractuales entre quienes integran la cadena de valor de la industria de la música está determinada por diversos factores uno de ellos es la ignorancia jurídica respecto al manejo formal de las relaciones jurídicas; otro factor es el de la costumbre y al no existir un esquema delimitado a la hora de entablar muchas de las relaciones jurídicas que se presentan día a día en el ámbito musical, queda un vacío que es llenado por costumbres propias de la industria que derivan en acuerdos de palabra, quedando lejos de las solemnidades de otros campos mercantiles. Sin embargo,

existen contratos que por su naturaleza, relevancia y seguridad entre las partes debe cumplir con ciertas solemnidades en caso como en el que hay cesión de derechos.

Solemnidad:

> Los solemnes son aquellos contratos que, por mandato expreso de la ley, requieren de una o de varias solemnidades para llegar a perfeccionarse…un contrato se considera solemne sólo cuando la solemnidad es requerida por la ley como uno de los elementos esenciales del determinado negocio jurídico. (Castro y Calonje, 2015, p. 115)

A pesar de las informalidades que se pueden presentar en los acuerdos en la industria de la música cuando se trate de la transmisión de derechos, como lo manifiesta la Ley 23 de 1982, en su artículo 183:

> Todo acto de enajenación del derecho de autor sea parcial o total, debe constar en escritura pública, o en documento privado reconocido ante notario, instrumentos que, para tener validez ante terceros, deberán ser registrados en la Oficina de Registros de Derechos de Autor, con las formalidades que se establecen en la presente Ley.

De igual manera, de acuerdo con el artículo el artículo 30 de la Ley 1450 de 2011, se establecen:

> Los actos o contratos por los cuales se transfieren, parcial o totalmente, los derechos patrimoniales de autor o conexos deberán constar por escrito como condición de validez. Todo acto por el cual se enajene, transfiera, cambie o limite el dominio sobre el derecho de autor, o los derechos conexos, así como cualquier otro acto o contrato que implique exclusividad, deberá ser inscrito en el Registro Nacional del Derecho de Autor, para efectos de publicidad y oponibilidad ante terceros. Será inexistente toda estipulación en virtud de la cual el autor transfiera de modo general o indeterminable la producción futura, o se obligue a restringir su producción intelectual o a no producir.

Contrato discográfico o contrato de inclusión de fonograma: este se da en la relación artista/intérprete – sello discográfico. Hay una cesión de la propiedad de los derechos de autor conexos de las grabaciones (masters) de las canciones por parte del artista al sello discográfico; a cambio, la disquera entregará una suma de dinero a manera de adelanto o anticipo, mismo que se pagará con sus regalías futuras del artista. La Ley 23 de 1982, en su artículo 151, define el contrato de inclusión de fonograma como aquel:

> [En que] el autor de una obra musical, autoriza a una persona natural o jurídica, mediante una remuneración a grabar o fijar una obra sobre un disco fonográfico, una banda, una película, un rollo de papel, o cualquier otro dispositivo o mecanismo análogo, con fines de reproducción, difusión o venta.

Como se puede notar, esta definición podría ser válida en décadas pasadas donde la música era distribuida y consumida en medios análogos y mecánicos, pero el desarrollo tecnológico que ha tenido la industria de la música cambio muchas de las formas de consumir contenido musical a través de los soportes digitales, como aseguró Ortiz (2018):

> Expresiones como reproducción en cintas magnéticas o reproducción mecánica en discos ya no se adecuan a la realidad de la industria musical, obligando a adaptar la definición clásica del contrato de inclusión en fonogramas o reproducción mecánica a las tendencias del nuevo siglo, pues de no hacerlo, se corre el riesgo que el contrato en mención resulte obsoleto. (p. 68)

Así pues, dado que frente a estas ambigüedades se aprobó la Ley 1915 de 2018, por la cual se modifica la Ley 23 de 1982 y se establecen otras disposiciones en materia de derecho de autor y derechos conexos, haciendo hincapié en la nueva realidad digital, por la cual atraviesa la industria de la música y dando un primer paso a la armonización de sus políticas exteriores en materia de derechos de autor y derechos conexos. Dentro del marco normativo nacional la principal que trata este tipo de contrato es la anteriormente mencionada Ley 23 de 1982 en su capítulo X, la cual ha tenido algunas modificaciones por medio de la Ley 15 de 2018 en lo que respecta a los derechos patrimoniales de los autores, artistas, intérpretes y productores fonográficos junto con otras disposiciones en el ámbito

digital, sin embargo, el contrato de inclusión de fonogramas propiamente no ha sido tratado en esta ley.

Normalmente, en este tipo de contratos no existe exclusividad por parte del artista hacia la disquera, sin embargo, es posible si así lo acuerdan las partes, en cuanto a la cantidad de obras en el contrato de inclusión de fonogramas suele pactarse todo el repertorio de que los artistas desarrollen durante la duración del contrato.

Sujetos de Derecho y obligaciones de las partes en el contrato de inclusión de fonograma

Productor de fonogramas: está en la obligación de mencionar o pautar como también se le conoce a la inclusión del nombre del artista/interprete expresamente en la etiqueta del dispositivo por el cual se distribuya la obra; dicha mención está estipulada en la Ley 23 de 1982, en su artículo 175:

> El productor del fonograma tendrá la obligación de indicar en la etiqueta del disco o del dispositivo o del mecanismo análogo, o en su empaque, el nombre del autor, y de los principales intérpretes, el título de la obra, el año de la fijación de la matriz, el nombre, la razón social o la marca distintiva del productor y la mención de reserva relativa a los derechos que le pertenecen legalmente. Lo coros, las orquestas y los compositores serán designados por su denominación propia y por el nombre del director, si lo tuvieren.

En la actualidad, esta mención es dada a todas las personas participantes en la creación de la obra, compositores, productores musicales, arreglistas e intérpretes en los dispositivos tradicionales como en los digitales en lo que se conoce como créditos que son plasmados en la metadata de las diferentes plataformas de *streaming* de música y videos. Otra de las obligaciones del productor de fonogramas/disquera es la de remunerar económicamente a los autores, interpretes, compositores con los ingresos generados con la explotación comercial de los fonogramas.

> De igual manera y según lo mencionado, frente a los pagos estipulados en forma de regalías, la ley 23 de 1982 estipula, en su artículo 152, la obligación que tiene el Productor Fonográfico de llevar un registro de las ventas de los fonogramas, el cual deberá ser verificable en cualquier tiempo. (Ortiz, 2018, p. 123)

Asimismo, en cabeza del productor fonográfico/disquera también está la obligación de fijar la interpretación, la reproducción y la distribución que realice el artista en un fonograma, llevar a cabo esta obligación hace parte fundamental del contrato de inclusión. Existe una disposición conocida como depósito legal, la cual tiene como fundamento la conservación y registro de las obras para generar memoria fonográfica por parte de la biblioteca nacional de Colombia; este depósito le corresponde hacerlo a los productores fonográficos/disquera así lo establece el artículo 25 del Decreto 460 de 1965, que fue modificado por la Ley 1915 de 2018.

El autor: aquí es fundamental hacer la diferencia entre la autoría de la obra y la interpretación de la obra, para el caso del autor este deberá autorizar la reproducción, la fijación y la distribución de la obra desde la autoría; hoy en día, es común que los autores sean a su vez artistas intérpretes para estos casos sobre ellos recaen aparte de las obligaciones autorales las mismas obligaciones que las de los intérpretes**.**

El artista/interprete: artículo 166 de la Ley 23 de 1982 en su literal b) deja entender que es indispensable la autorización del interprete/ejecutante para fijar en fonograma en un soporte material. Ortiz (2018) citando a Fontaine y González manifestó que tal autorización se transmite como licencias temporales de explotación de los derechos patrimoniales de reproducción del artista por parte del productor; mediante el contrato de grabación fonográfica el artista otorga una autorización al productor para que éste pueda reproducir sus interpretaciones. Esta autorización asume frecuentemente la forma de una licencia. El artista debe manifestarle al productor fonográfico/disquera sobre la existencia de un contrato anterior que pueda afectar el objeto del contrato, la principal obligación del interprete en este contrato es la de fijar la interpretación en los fonogramas acordados con el productor fonográfico.

Contrato de administración editorial o *publishing* en la actualidad: se da en la relación autor – editor. El contrato de administración editorial en la música tiene como generalidad la cesión en bloque de todos los derechos patrimoniales para cada obra en específico, esto facilita al editor la explotación global del fonograma, debido a que en este tipo de contratos el editor actúa como representante ante cualquier violación a los derechos de autor en cabeza de la obra musical y se encarga a su vez de la recolección de los ingresos generados de esa obra con fundamento en velar por una correcta administración de los mismos. Este tipo de contratos suelen hacerse por términos entre 1 y 5 años, aunque existe libertad contractual a la hora de entablar la duración del contrato y en tanto el porcentaje que se lleva la editora por su labor suele ser del 5 % al 20 %; esto lo determinan libremente las partes pudiendo ser más o menos, según mayor sean las funciones de la editorial suelen tener más porcentaje en el recaudo de las regalías. Ríos (2014) definió así el contrato de edición:

> El acuerdo por el cual el autor o el titular de derechos entrega al editor una obra literaria o musical, y autoriza a este para que, por su cuenta y riesgo, la reproduzca, la propague o distribuya a cambio de una remuneración en favor del autor o del titular del derecho. (Ríos, 2014, p. 6)

Una de las principales características de este contrato es que se ceden tanto los derechos de reproducción y distribución de la obra como también los de comunicación pública. Los derechos cedidos en este contrato son: derechos de reproducción, derechos de distribución, derechos de comunicación o ejecución pública.

Con este contrato se busca posibilitar la divulgación idónea de la obra musical, para esto el autor acude a un editor que suele ser una persona jurídica respaldada generalmente por un grupo empresarial y es esta quien asume el riesgo de inversión de distribuir y comercializar las obras. A diferencia de contratos como el de fijación en fonograma, el de edición se destaca por tener como centro la comunicación pública, dado que su función va encaminada a poner las obras con productores de fonogramas, agencias de publicidad, emisoras, conseguir posibles colaboraciones con otros intérpretes, promover las obras en festivales, entre otros.

Es de mencionar que la legislación colombiana no contempla esta cesión por naturaleza, basta con una licencia de uso, para que se configure como tal el contrato; no obstante, la mayoría de los contratos de edición que se generan en la industria de la música en la actualidad tienen por costumbre común la transferencia de derechos amparados en que, de esta manera, el editor puede realizar el trabajo de manera más idónea. El éxito de un fonograma actualmente depende tanto del artista y de la obra como del editor, y una adecuada estrategia de promoción y divulgación, sin que esto asegure indiscutiblemente unos resultados previstos debido a que siempre en estos casos existirá el factor aleatorio.

Sujetos de Derecho y obligaciones de las partes en el contrato de edición:

Autor: es obligación del autor entregar la obra oportunamente y en las condiciones pactadas que permitan su edición (Ley 23 de 1982). El autor debe informar al editor sobre la existencia de contratos de edición anteriores o si la obra ya ha sido publicada.

Editor: tiene la obligación de propagar la obra como lo indican los artículos 105, 108 y 109 de la mencionada ley, dar publicidad a la obra de manera adecuada para asegurar su correcta difusión. Pagar las respectivas regalías generadas de las obras oportunamente además de rendir cuentas sobre su gestión. Promover la obra para que terceros, productores fonográficos, audiovisuales proveedores de contenidos de internet la usen, proporcionar catálogos entre productores fonográficos, visitar emisoras, festivales y todo lo relacionado a la comunicación pública de la obra.

Aplicación del contrato de edición en la realidad y que debe tener en cuenta un autor/artista antes de firmar

Una de las principales premisas que hasta alcanzan el carácter de principio es la del beneficio económico que deben percibir ambas partes por la explotación comercial de la obra y esto lo deben tener claro los autores a la hora de enfrentarse a la realidad de la industria y es que a la hora del artista enfrentarse a una negociación de este tipo principalmente si se trata de un artista que apenas inicia su carrera hay un desbalance en cuanto a poder de negociación, porque en frente está una casa editora que suele tratarse de

un grupo de empresarios con más bagaje en la industria, con mayor musculo financiero por lo que excepto casos muy puntuales son quienes ponen las condiciones a través de una predisposición contractual a la cual se adhieren los artistas sin mayor opción de contrapropuesta. Como en toda industria, nunca se está exento de caer en un contrato cuyas condiciones no sean las más equitativas muchas veces contrariando principios, como el de la buena fe. Frente a esto, el ordenamiento jurídico colombiano no dispone de un reglamento taxativo que regule las cláusulas arbitrarias para los contratos relacionados con la industria de la música, de modo que el artista o su representante debe identificar ciertas banderas rojas antes de negociar un contrato de edición.

Si se transfieren derechos de manera ilimitada: en la industria de la música es común la cesión ilimitada para la explotación por parte del editor teniendo como argumento facilitar la correcta ejecución del mismo. Esta situación debe revisarse con lupa pues si bien es cierto que el editor es quien asume el riesgo económico y quiera tener un control amplio de la obra explotando los derechos editoriales y accesorios pueden existir indicios de mala fe, si en ese contrato hay disposiciones que buscan que la editora despoje al autor de todas la modalidades de explotación de la obra creando así un escenario inequitativo; Colombia no prohíbe la disposición total e indeterminada del derecho de autor patrimonial, como en otros países europeos, como es el caso de España.

Si se pacta la exclusividad de forma injustificada: se deben tener en cuenta los beneficios que ofrece la editora por firma de manera exclusiva, es positivo si la editora es diligente y cumple de manera idónea y satisfactoria la correcta divulgación de la obra; por el contrario, si la editora se comporta de forma negligente y pasiva no tiene sentido firma una exclusividad, puesto que eso impide explotar la obra por otro lado.

Si no se pacta termino especifico ni territorialidad: debe existir una limitación en el término de duración del contrato, es positivo si se pacta un acuerdo a corto plazo y determinando la territorialidad; en ningún caso se debería firmar bajo termino de protección de la obra.

No pactar regalías fijas: finalmente, el autor artista no debería firmar un contrato donde antes de la ejecución del contrato ya se haya el monto a recibir pues a largo plazo no se puede ver justificado, se sugiere firmar con base a un porcentaje.

Identificar las relaciones contractuales existentes de manera directa entre los intervinientes de la cadena de valor de la industria de la música en los sistemas de regalías en cada etapa de producción y ejecución del fonograma. Determinar cuáles son los derechos de autor que tienen los intervinientes en la producción, ejecución y distribución de un fonograma en torno al sistema de regalías en los derechos de autor y el *copyright*. Reconocer las principales dificultades jurídicas de los autores, compositores e intérpretes ejecutantes en el sistema de regalías unificado en la actualidad digital. Identificar cuáles son las cláusulas que puedan suponer un desequilibrio para los autores, compositores e intérpretes ejecutantes en los contratos de inclusión de fonogramas y el contrato de edición.

Conclusiones: En este trabajo se identificaron las relaciones contractuales existentes de manera directa entre los intervinientes de la cadena de valor de la industria de la música en los sistemas de regalías en cada etapa de producción y ejecución del fonograma dentro del entorno digital actual. Lo más importante en el proceso de identificar estas relaciones es entender que no son estáticas, sino que, por el contrario, son de naturaleza dinámica y ese dinamismo se ve influenciado por factores como los constantes avances tecnológicos en la manera en que es consumida la música día tras día en la última década por medio de nuevas plataformas, trayendo consigo nuevos actores y modelos de negocio independientes o alternos que se desvinculan de los modelos tradicionales, lo que ha provocado una mutación en las relaciones jurídicas en la cadena de valor de la industria de la música, donde la libertad que brinda trabajar los proyectos artísticos de manera independiente repercute en que un actor de la cadena de valor desempeñe varios roles a la misma vez dentro de la misma, es decir es común encontrar un artista que a su vez sea productor musical y a su vez su propio productor fonográfico y su propio manejador por lo que cada relación contractual puede tener características muy propias según la particularidad de cada caso.

Se determino que la legislación colombiana en su mayoría fue creada para regular los modelos tradicionales de la industria disquera como se conocía en décadas pasadas por lo que a la hora de abordar las relaciones contractuales actuales puede tornarse ambigua, entes especializados como es el caso de la Dirección Nacional de Derechos de Autor (DNDA) han desarrollado una serie de directrices que ayudan a los artistas colombianos a reconocer el funcionamiento de la industria de la música actual siendo guía no solo para todos los intervinientes de la cadena de valor en la industria de la música sino para los profesionales del derecho que se dediquen a estos asuntos, no obstante se pudo evidenciar el vacío legal en la legislación Colombiana a la hora de regular de forma concreta asuntos relacionados con las regalías provenientes de las plataformas digitales, las agregadoras internacionales y en general los servicios de *Streaming* a nivel global, esto supone una alerta para el estado Colombiano quien debe actuar como garante a la hora de tomar el control de las nuevas tecnologías que traen desarrollo al país y asegurar el equilibrio y el desarrollo justo en las relaciones contractuales de las partes involucradas especialmente los autores, compositores, intérpretes y productores fonográficos independientes debido a la problemática en materia legal que se da cuando se establecen acuerdos tanto con agregadoras como con sociedades de gestión colectiva extranjeras , esta problemática se da por que no existe un sistema internacional de derechos de autor que brinde una protección clara a los intervinientes de la cadena de valor en la industria de la música y esto es gracias a que cada país tiene su propia legislación y se pueden dar incompatibilidades entre los diferentes tipos de sistemas de derechos de autor como es el caso del *copyright* estadounidense lo que pone a las obras musicales de nuestros artistas colombianos a la merced de otros ordenamientos jurídicos y a interpretación de los tratados internacionales firmados por Colombia y estos no desarrollan de manera idónea las necesidades que tienen los intervinientes en la cadena de valor frente al dinamismo constante de la industria de la música actual a la hora de generar regalías digitales esto genera una ausencia de control y seguridad por parte de los autores que no pueden determinar de forma adecuada las regalías que están percibiendo.

Sin embargo, se determinaron cuáles son los derechos de autor que son reconocidos mundialmente por medio de diversos tratados internacionales que concuerdan en derechos

indispensables para la protección de las obras musicales tanto en términos autorales como patrimoniales, lo más importante es entender estos derechos como pilares a la hora de establecer relaciones contractuales efectivas y justas para todas las partes involucradas en la cadena de valor de la industria cuando se pacten regalías, lo complejo resulta al momento de pactar acuerdos legales pues se debe pactar expresamente lo que se está negociando ya que cada derecho se puede acordar de manera independiente así como las regalías, dejar pactado específicamente aspectos como los límites de la transferencia de derechos, la exclusividad o no de las partes en la ejecución del contrato, especificar la territorialidad del acuerdo y la manera en que se van a repartir las regalías , todo en pro de no dar lugar a ambigüedades.

Cabe señalar que lo que más ayudó a identificar las relaciones contractuales dentro de la industria de la música actual fue interactuar de manera directa con diferentes actores de la cadena de valor dentro de la industria de la música, artistas, managers, productores musicales, productores fonográficos, sellos discográficos independientes entre otros y desde la visión de cada uno entender las necesidades de la industria, lo más difícil fue encontrar un punto de equilibrio donde el derecho de autor regule las relaciones contractuales dinámicas actuales y la libertad de la que gozan los nuevos modelos de negocio independientes.

Referencias bibliográficas

Álvarez, S. F. (2014). El derecho de propiedad intelectual en la industria musical colombiana. Sujetos de derecho y protección jurídica. *Revista de Derecho Privado*(43), 3-27.

American Society of Composers, Authors and Publishers [ASCAP]. (2006). *Música en los Negocios.* Better Business Bureau.

Bernal, D., & Conde, C. (2017). Los derechos morales de autor como derechos fundamentales en Colombia. *Revista La Propiedad Inmaterial*(24), 53–66. https://doi.org/10.18601/16571959.n24.03

Bernal, J. (2019). De la Ley 1915 de 2018 al Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos: algunas implicaciones para la protección del autor y su obra en el entorno digital. *Revista La Propiedad Inmaterial*(27), 25–68. https://doi.org/10.18601/16571959.n27.02

Castañeda, D. E. (2018). *El mercado musical colombiano en los nuevos escenarios digitales: retos y tendencias. [Tesis de grado]*. Universidad de San Buenaventura Colombia. http://hdl.handle.net/10819/6191

Castro, J. G., & Calonje, N. X. (2015). Los contratos. En J. G. Castro, & N. X. Calonje, *Derecho de obligaciones: aproximación a la praxis y a la constitucionalización* (págs. 111-150). Universidad Católica de Colombia.

CD Baby. (2020). *Guía Básica de Derechos Editoriales. Cómo ganar más dinero con tu música original.* CD Baby.

Centro Argentino de Ingenieros. (2017). Los ingenieros de las obras musicales compuestas en el país. En C. A. Ingenieros, *CAI* (págs. 28-34). AESA.

Comisión del Acuerdo de Cartagena. (1993). Decisión 351. [Régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos]. Lima, Perú.

Congreso de la República de Colombia. (1982). Ley 23 del 28 de enero de 1982. Diario Oficial No. 35.949. [Sobre derechos de autor]. Bogotá, D. C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (2011). Ley 1450 del 16 de junio de 2011. Diario Oficial No. 48.102. [Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014]. Bogotá, D. C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (2018). Ley 1915 del 12 de julio de 2018. Diario Oficial No. 50.652. [Por la cual se modifica la Ley 23 de 1982 y se establecen otras disposiciones en materia de derecho de autor y derechos conexos] . Bogotá, D. C., Colombia.

Congreso de los Estados Unidos de Colombia. (1873). Ley 84 del 26 de mayo de 1873. Diario Oficial No. 2.867. [Código Civil Colombiano]. Bogotá, D. C., Colombia.

Convención de Roma. (1961). *Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión.* Convención de Roma.

Corte Constitucional de la República de Colombia. (1994). Sentencia C-040 del 3 de febrero de 1994. *M. S.: Alejandro Martínez Caballero*. Bogotá, D. C., Colombia.

Cortés, R. (2012). La formación del compositor. *MAGOTZI Boletín Científico de Artes del IA*, *1*(1).

Cuenya, L., & Ruetti, E. (2010). Controversias epistemológicas y metodológicas entre el paradigma cualitativo y cuantitativo en psicología. *Revista Colombiana de Psicología,, 19*(2), 271-277.

Delgado, P. A. (2017). Derechos de autor en Colombia: especial referencia a su transferencia y disposición jurídica en el ámbito universitario. *CES Derecho, 8*(2), 242–265. https://doi.org/10.21615/cesder.8.2.3

Devia Mosquera, D. (2017). Cambios en la industria musical colombiana dada la entrada en vigencia de las plataformas digitales desde el año 2005 hast el año 2020. *Universidad de la Salle, Facultad Ciencias Economicas y Sociales.* https://ciencia.lasalle.edu.co/negocios_relaciones/247

Departamento Administrativo Nacional de Estadística [DANE]. (2020). *Cuarto Reporte de Economía Naranja y del Sistema de Consulta de Información.* Gobierno de Colombia.

Dirección Nacional de Derecho de Autor [DNDA]. (2016). *Asunto: Generalidades del Derecho de Autor – Objeto de Protección del Derecho de Autor – Alcance de las Facultades Exclusivas del Derecho de Autor – Licencias o Autorizaciones de Uso – Gestión Colectiva e Individual – Tarifas Cobradas por las...* DNDA.

Flórez, G. D., Salazar, S., & Durán, M. A. (2017). *El concepto de plagio en la industria musical.* Universidad Católica de Colombia.

Fontaine, C., & González, S. (2004). *Contratos de artistas intérpretes y ejecutantes de obras musicales en el ámbito de la propiedad intelectual.* Universidad de Chile. https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/114890

Garcés, A. (2014). *El Consentimiento: su formación y sus vicios.* Institución Universitaria de Envigado.

Giraldo, C. J. (2019). El code y el contrato: nacimiento y desarrollo de una teoría. *Revista de Derecho*(51), 1-20. http://doi.org/10.14482/dere.51.346

Giraldo, E. (2013). *Diagnóstico de la Cadena de Valor del Sector Musical Independiente de Colombia.* USM Colombia.

Gómez, J. E. (2014). *Nociones jurídicas del derecho de autor y conexos para músicos en la producción musical.* Institución Universitaria Politécnico Grancolombiano. http://hdl.handle.net/10823/604

Indie Music Academy [IMA]. (2020). *The Guide to: Collecting Music Royalties.* IMA.

Iriarte, E., & Medina, R. (2013). *Guía de Derecho de autor para músicos.* Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - Indecopi.

Jáuregui, J. (2015). Streaming musical en Spotify: ubicuidad entre géneros y estados de ánimo. *InMediaciones de la Comunicación, 10*(10), 76-90. http://dx.doi.org/10.18861/ic.2015.10.2587

Jiménez, A. (2009). *"El derecho de autor en la industria de la música en Colombia y sus principales contratos. [Monografía de grado]*. Universidad de los Andes.

Melo, A. (2019). *"regulación de las nuevas formas de empleo que surgen por medio de las plataformas digitales*" *[Trabajo de grado]*. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. Bogotá, Colombia.

Monroy, J. C., Rojas, X., Sáenz, J., & Arias, C. (2018). *El derecho de autor y los derechos conexos en la industria de la música.* Unidad Administrativa Especial, Dirección Nacional de Derecho de Autor.

Olarte, J. M., & Rojas, M. Á. (2017). *Manual de Derecho de Autor para Alcaldías y Gobernaciones.* Dirección Nacional de Derecho de Autor.

Ordelin-Font, J. L. (2015). El contrato de gestion de los representantes de los artistas intérpretes y ejecutantes musicales. Un estudio desde el ordenamiento jurídico cubano. *Vniversitas*(131), 391-432. https://doi.org/10.11144/Javeriana.vjl31.cgra

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual [OMPI]. (2000). *Nociones básicas sobre derecho de autor y derechos conexos.* OMPI.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual [OMPI]. (2002). *La gestión colectiva del derecho de autor y los derechos conexos.* OMPI.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual [OMPI]. (2016). *Principios básicos del derecho de autor y los derechos conexos.* OMPI.

Ortiz, J. D. (2018). *Contrato de inclusión en fonogramas en Colombia: un uso atípico. [Tesis de grado]*. Universidad Autónoma Latinoamericana - UNAULA .

Palacio, M. (2017). Los artistas colombianos y las plataformas de música digitales: algunas dificultades. *Revista de Derecho Privado*(33), 111-133. https://doi.org/10.18601/01234366.n33.05

Peña, L. (2014). Capítulo II. Concepto de contrato. En L. Peña, *De los contratos mercantiles: nacionales e internacionales* (págs. 109-147). ECOE Ediciones.

Peters, J. (2019). *Nuevo régimen de capacidad legal en colombia (ley 1996 de 2019): la problemática de la presunción de capacidad y de la exigibilidad y cumplimiento de las obligaciones alimentarias derivadas de las relaciones de familia a las personas en situación de...* Universidad Externado de Colombia.

Polidura, A. (2017). El Restablecimiento de las Condiciones Contractuales frente al Desequilibrio Sobreviniente en el Derecho Privado Colombiano. *Revista de Derecho Privado*(57), 2-36. http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.57.2017.16

Posada, C. (2015). Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano. *Revista de Derecho Privado*(29), 141–182. https://doi.org/10.18601/01234366.n29.07

Presidencia de la República de COlombia. (1965). Decreto 460 del 16 de marzo de 1965. Diario Oficial No. 41768. [Por el cual se reglamenta el Registro Nacional del Derecho de Autor y se regula el Depósito Legal] . Bogotá, D. C., Colombia.

Presidencia de la República de Colombia. (1971). Decreto 410 del 27 de marzo de 1971. Diario Oficial No. 33.339. [Por el cual se expide el Código de Comercio]. Bogotá, D. C., Colombia.

Ramos, C. A. (2015). Los paradigmas de la investigación científica. *Avances en Psicología, 23*(1), 9-17. https://doi.org/10.33539/avpsicol.2015.v23n1.167

Ríos, Y. A. (2014). Problemas de la predisposición del contrato de edición en Colombia: las cláusulas abusivas. *Revista de Derecho Privado*(52), 2-27. http://hdl.handle.net/1992/47669

Riveros, J. E. (2018). *Streaming: la renovación digital de la industria musical. [Tesis de grado]*. Pontificia Universidad Javeriana.

Sellin, D., & Seppälä, T. (2017). *Digital Music Industry – Background Synthesis, ETLA Working Papers, No. 48.* The Research Institute of the Finnish Economy.

Trochez, C. E., & Rodríguez, D. (2019). *La evolución del streaming en la industria musical. Caso: Universidad Icesi, programa de música.* Universidad Icesi. http://repository.icesi.edu.co/biblioteca_digital/handle/10906/85400

Uribe, M. C. (2007). El derecho de autor en las obras creadas por encargo y en el marco de una relación laboral. *Revista La Propiedad Inmaterial*(10-11), 45-70. https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/897

Vega, A. (2010). *Manual de Derecho de Autor*. Dirección Nacional de Derecho De Autor.

Velásquez, M. (s.f.). *¿Qué tipo de regalías existen en la industria musical?* https://destralegal.com/que-tipos-de-regalias-existen-en-la-industria-musical/

Woolcott, O., & Flórez, G. (2014). La paradoja del derecho de autor en el entorno de la industria musical frente a las nuevas tecnologías. *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, *17*(34), 13-32. https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/792/543